A LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL COMO OBJETO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: POR UMA REVISÃO DO MODELO
BRASILEIROTHE PRE-CONSTITUTIONAL LAW AS THE OBJECT OF
CONSTITUTIONALITY CONTROL: FOR A REVIEW OF THE
BRAZILIAN MODELRodrigo Rabelo Lobregat¹

RESUMO: A Constituição se coloca como ápice hierárquico de todo ordenamento jurídico, fazendo sua Supremacia aplicável e cumprida enquanto fundamento de legitimidade de todo o sistema positivo que sob ela se coloca. Contudo, qual a amplitude de tal supremacia? Ela se dará em face de todas as normas que se reputam como válidas, independentemente do momento em que estas foram promulgadas? Cada uma destas perguntas apresentará respostas diferentes, a depender da adoção da teoria da inconstitucionalidade superveniente ou da recepção constitucional. O ordenamento jurídico não indica qual das soluções deve ser adotada, sendo que, por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, se adotou a teoria da recepção. O presente artigo, no entanto, analisa a pertinência da revisão de tal entendimento, propondo que a teoria da inconstitucionalidade superveniente não apenas melhor protege os dispositivos constitucionais quanto, igualmente, apresenta maior coerência sistêmica em comparação com a teoria da recepção constitucional, atualmente adotada.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade superveniente. Revogação. Controle de Constitucionalidade. Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Constitution is placed as hierarchical peak of all legal system, causing its Supremacy to be applicable and fulfilled, whilst legitimacy ground of the entire positive system placed thereunder. However, what is the range of such supremacy? Will it take place in face of all rules deemed valid, regardless of the time they were enacted? Each of these questions will provide different answers, depending on the adoption of the supervening unconstitutionality theory or on the constitutional reception. The legal

¹ Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista em Jurisdição Constitucional e tutela dos direitos humanos pela *Università degli Studi di Pisa*. Advogado. Contato: lobregat.rodrigo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6432-9468>.

system does not indicate which of the solutions should be adopted, given that, by decision of the Federal Supreme Court, the reception theory has been adopted. However, this article analyzes the relevance of the review of such understanding, proposing that the supervening unconstitutionality theory not only affords the best protection to the constitutional provisions, but also presents higher systemic coherence in comparison to the constitutional reception theory currently adopted.

Keywords: Supervening Unconstitutionality. Revocation. Constitutionality Control. Constitutional Jurisdiction. Federal Supreme Court.

Sumário: 1. Introdução. 2. Técnicas hermenêuticas para o controle da lei pré-constitucional: os critérios temporal, hierárquico e especial. 3. As teorias de controle da lei pré-constitucional e suas consequências jurídicas. 3.1 Em modelos de controle concentrado de constitucionalidade. 3.2 Em modelos de controle difuso de constitucionalidade. 3.3 Controle da lei pré-constitucional e competência jurisdicional: o caso brasileiro. 3.4 Quadro esquemático, acerca da competência e concentração da análise de incongruência entre leis pré-constitucionais e normas constitucionais. 4. As emendas constitucionais e o direito pré-constitucional posterior a 1988. 5. A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) como alternativa: solução definitiva? Os problemas não solucionados pela arguição de descumprimento. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em apropriação da lição de Jorge Miranda (2008), temos que a aferição de uma inconstitucionalidade pode ser considerada como uma questão de silogismo lógico. A partir de uma premissa maior - a norma constitucional pretensamente atacada² - e de uma premissa menor - o ato normativo ou não normativo advindo do poder público³ -

² Importa ressaltar que, segundo o mesmo autor, não se pode alegar inconstitucionalidade em face da Constituição como um todo, devendo-se sempre analisar uma norma constitucional específica a fim de se analisar a inconstitucionalidade de determinado ato. Isso pois se o ato em questão for contrário à Constituição como um todo teria como característica a anticonstitucionalidade (ao invés da inconstitucionalidade), sendo possível tão somente através de uma revolução. Sobre isso, ver (MIRANDA, 2008, p. 11).

³ Quanto à inconstitucionalidade decorrente de atos não normativos, o autor português afirma que: “O art. 277º da Constituição (n.a.: Portuguesa) de 1976 reporta-se a normas jurídicas. Não significa isso, no entanto (como já se notou) que a inconstitucionalidade se circunscreva ao domínio dos actos normativos: significa tão-só que o regime de fiscalização ex professo adoptado na Constituição versa sobre esses actos.” (MIRANDA, 2008, p. 168 e seguintes). Ou seja, afirma que o fato de a Constituição Portuguesa restringir o controle de constitucionalidade aos atos normativos não faz com que atos não-normativos não possam ser inconstitucionais.

se chega a uma conclusão: a conformidade ou inconformidade entre as premissas, da qual decorrerá a pronúncia de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Ou seja: a inconstitucionalidade é enxergada como uma relação entre dois termos: de um lado, uma norma de natureza constitucional e, de outro, um comportamento – tanto positivo quanto negativo (inconstitucionalidade por omissão) – por parte do Poder Público⁴. Será através da análise destes termos – a norma constitucional supostamente infringida e o ato do Poder Público que o infringe – que se verificará a existência ou não de afronta à constituição, a partir da qual se procederá, se for o caso, com o desfazimento do segundo termo e a consequente manutenção da ordem constitucional vigente.

Desta maneira, e à princípio⁵, todo e qualquer ato que acabe por contrariar a Constituição em razão do descumprimento dos critérios formais que a ele se impõem (inconstitucionalidade formal) ou de uma incompatibilidade substantiva e essencial (inconstitucionalidade material), deverá ser extirpado do ordenamento jurídico sob pena de afrontar o princípio da Supremacia da Constituição e de tornar letra morta a questão da rigidez constitucional⁶.

Para permitir que a Constituição se mantenha inalterada pelos atos normativos que dela emprestam validade, é necessário que sua reforma se dê através de procedimento diverso e mais complexo do que aquele observado na legislação comum. Ora, a instauração de uma Assembleia Constituinte pressupõe a necessidade de uma

⁴Jorge Miranda (2008) deixa claro em seu texto que o comportamento que enseja a declaração de inconstitucionalidade deve, necessariamente, partir do Poder Político ou de entidade pública - excluindo então os particulares. Tal visão nos parece acertada: as condutas particulares serão condizentes ou não com o ordenamento jurídico a partir de sua subsunção às normas aplicáveis àquele ato. Determinado fato jurídico que contrarie à constituição assim o faz em razão de um critério de subsunção, ainda que verificado a partir de uma norma formalizada no texto constitucional, e não por controle de constitucionalidade.

⁵ A par de a supremacia da constituição ser imposição absoluta para a manutenção do ordenamento jurídico, há situações nas quais os efeitos da inconstitucionalidade deverão ser mitigados, em prol da segurança jurídica.

⁶ Isso porque se determinado ato infraconstitucional não for retirado do ordenamento jurídico, ainda que em desconformidade com norma constitucional, esta passará a ser letra morta: não revogada expressamente, a norma constitucional carecerá de eficácia, não se fazendo refletir de maneira efetiva na ordem jurídica vigente.

nova fundação do Estado, que bem reflita as pretensões e objetivos dos diversos grupos sociais que ali se fizeram representar. As normas contidas na Constituição indicam as composições de interesse e os pré-compromissos realizados entre tais grupos, de tal maneira que, se as normas ali promulgadas fossem facilmente alteradas, a pacificação social decorrente daquele arranjo estaria - ela própria - ameaçada.

Se cada norma constitucional deriva dessa composição decorrente de diversos setores sociais, também suas modificações haverão de ser assim. Por isso o elevado quórum para o exercício do poder constituinte reformador: não poderá um grupo social isolado rever, por sua própria vontade política, um pré-compromisso estatal com o qual se obrigou perante os demais. O quórum qualificado impõe que a maioria de ocasião necessariamente discuta a mudança com as minorias, obtendo assim as bases para um novo pré-compromisso. Assim, a rigidez constitucional é decorrente da própria anuência dos grupos sociais ao Estado constitucionalmente fundado, que têm a legítima expectativa de observarem sua opinião e vontade novamente consideradas quando da reforma do pacto constituinte original.

A compreensão da Constituição como topo do ordenamento jurídico, que a torna o fundamento de validade de todo o sistema positivado, é o reconhecimento de que as decisões políticas nela contidas têm força normativa e devem ter sua observância imposta a todos aqueles que se submetam à ordem estatal por ela fundada.

Ocorre que, se a Constituição deve se impor sobre todo o ordenamento jurídico vigente, é corolário lógico que ela não apenas deverá negar validade àquilo que a ela vier a contrariar como, igualmente, extirpar do sistema o que, a ela anterior e contrário, continuar a produzir efeitos em sua vigência.

Neste sentido, é totalmente possível e razoável que as situações fáticas anteriores à Constituição e conformes à lei então em vigor se revistam da proteção do ato jurídico perfeito, de tal sorte que as normas anteriores à Constituição e contrárias a ela poderão ter seus efeitos retroativos mantidos. Contudo, não se pode admitir que tais normas continuem a ter efeitos prospectivos, impondo condutas que não se coadunem com o novo pacto social.

Ocorre que proteção da supremacia constitucional em razão de atos normativos a ela pretéritos, apesar incontestemente doutrinária e jurisprudencialmente, tem controvérsias quanto à sua forma de concretização, levando à contraposição de ao menos duas teorias: a da revogação e a da inconstitucionalidade superveniente.

2. TÉCNICAS HERMENÊUTICAS PARA O CONTROLE DA LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL: OS CRITÉRIOS TEMPORAL, HIERÁRQUICO E ESPECIAL

Temos que a primeira das técnicas de solução das antinomias causadas pela promulgação de texto constitucional contrário à norma a ele anterior parte da utilização de um critério temporal, ao entender que a Constituição, ao instituir norma contrária ao estabelecido pelo direito infraconstitucional a ela anterior, acaba por derrogar tal direito. Aplica-se o brocardo *lex posterior derogat priori*, em atividade hermenêutica que ignora a diferenciação hierárquica entre os atos normativos.

Ao tomar como premissa que a constitucionalidade de uma norma é aferível tão somente se tida como parâmetro a Constituição vigente no momento de sua promulgação, passa-se a respeitar e a tutelar não a supremacia do texto constitucional, mas sim a supremacia do Constituinte. Nesta hipótese, entende-se que o controle de constitucionalidade deverá ser o tutor dos órgãos de criação normativa, e não da lei em si. Se estes órgãos, quando de sua inovação à ordem jurídica, cumpriram com a moldura a eles estabelecida pela Constituição então em vigor, não haverá qualquer tipo de inconstitucionalidade, ainda que sob o prisma de um parâmetro constitucional novo. Tal solução, por conseguinte, dá à norma constitucional a mesma dignidade que qualquer outro ato normativo detém ao resolver a antinomia entre o texto constitucional e o direito a ele anterior. Trata-se da teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da ADI 2.

Alternativamente, a utilização de critérios hierárquicos para a solução da antinomia em discussão é defendida na teoria da inconstitucionalidade superveniente. Segundo tal linha de entendimento, a existência de uma teoria geral do direito que tenha

como premissa uma sucessão de diferentes hierarquias normativas tem como consequência a necessidade de se aceitar, teórica e faticamente, a existência de diferentes níveis de densidade normativa. Neste sentido, não se pode admitir que normas de natureza distintas, pertencentes a diferentes níveis de hierarquia normativa, sejam incompatíveis entre si em face de mero conflito intertemporal.

Para tal linha de entendimento, a regra da derrogação de normas decorrente da intertemporalidade é insuficiente, enquanto permite – no plano teórico e de maneira genérica – exceções ao afastamento do direito anterior em prol do direito posterior. Basta, para tanto, que a nova norma seja considerada lei especial (*lex specialis derogat lex generalis*), e então será ela aplicável ao caso concreto⁷.

Levando tal premissa às hipóteses de derrogação decorrente da promulgação de novo parâmetro constitucional, a aplicação coesa da teoria da recepção haverá de aceitar o absurdo de uma lei ordinária gerar exceções à aplicação de uma norma constitucional a ela posterior, desde que regule uma situação especial, factualmente diversa em detalhes daquela genericamente apresentada no texto Constitucional. Por outro lado, se essa hipótese não for admitida, necessariamente será preciso aceitar que a solução do conflito não se dá por meio de intertemporalidade, mas decorre da diferença entre as densidades normativas de cada um dos textos legais. Assume-se, portanto, o caráter superior da norma constitucional posterior à lei pré-constitucional, configurando-se a derrogação como decorrência de uma análise típica do controle de constitucionalidade.

⁷ Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma que: “É inegável, todavia, que a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* na relação Lei-Constituição não é isenta de problemas, uma vez que esse postulado pressupõe idêntica *densidade normativa*. Até porque, como expressamente contemplado no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, a derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto (*lex generalis* ou *lex specialis*). Portanto, pode-se afirmar que o princípio da *lex posterior derogat priori* pressupõe, fundamentalmente, a existência de densidade normativa idêntica ou semelhante, primordialmente, orientado para a substituição do direito antigo pelo direito novo. A Constituição não se destina, todavia, a substituir normas do direito ordinário.” (MENDES, 2009).

3. AS TEORIAS DE CONTROLE DA LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Vimos que são dois os principais modelos teóricos que justificam a retirada do ordenamento jurídico de leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis. A distinção básica entre os modelos acaba sendo, em essência, a amplitude ou o estreitamento do conceito de inconstitucionalidade que, por sua vez, incorpora ou não as leis pré-constitucionais contrárias à Constituição.

É certo que, a fim evitar subsistirem normas dotadas de mandamentos jurídicos diferentes ensejadores de antinomia, deverá existir órgão ou instituição capaz de controlar tal conflito e determinar qual a norma vigente. A estreiteza ou amplitude do conceito de inconstitucionalidade e sua aplicação na resolução do conflito temporal entre normas constitucionais e pré-constitucionais ensejará a definição da competência jurisdicional apta a enfrentar a antinomia aparente.

Tal definição de competência dependerá, essencialmente, do modelo de controle de constitucionalidade adotado no país em questão, bem como da definição do órgão detentor da prerrogativa de exercício da Jurisdição Constitucional.

Para efeitos metodológicos, analisaremos as características afetas aos modelos de controle concentrado e difuso de forma teórica, sem levar em conta as características do direito brasileiro, para depois, em tópico oportuno, analisar a realidade próprias da jurisdição constitucional no Brasil.

3.1 EM MODELOS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A ideia de supremacia da Constituição, aliada ao fato de que os dispositivos nela contidos carregam normas diretamente aplicáveis e dotadas de conteúdo não apenas político mas também jurídico, torna necessária a existência de um órgão capaz de fazer valer os preceitos contidos na Lei Maior; o caráter concentrado do controle normativo

infraconstitucional, por sua vez, faz com que apenas um único órgão tenha essa prerrogativa.

Define-se como jurisdição constitucional a capacidade de um órgão de realizar a detecção e retirada de atos (normativos ou não) que afrontem a ordem constitucional em vigência, valendo-se para isso do entendimento de que “*lex superior derogat inferiori*”.

A análise de derrogação temporal, caracterizada pelo brocardo “*lex posterior derogat priori*”, por sua vez, não caberá à competência da Jurisdição Constitucional, constituindo-se como prerrogativa do juiz comum, que aferirá em jurisdição ordinária qual é o direito positivo que se encontra vigente.

Percebe-se que o modelo de controle concentrado de constitucionalidade acaba por ocasionar uma especialização dos órgãos jurisdicionais em decorrência do objeto de apreciação a ele conferido. A escolha jurídico-constitucional acerca de como o Ordenamento Jurídico lidará com a questão do controle da lei pré-constitucional ocasionará, por conseguinte, diferentes respostas quanto à competência para a sua análise.

A teoria da inconstitucionalidade superveniente parte da premissa de que qualquer inconformidade entre um ato (normativo ou não) e uma norma constitucional consistirá em inconstitucionalidade, desde que aquele tenha o potencial de produzir efeitos na vigência da novel Constituição⁸. Assim sendo, o que se protege é o Ordenamento Jurídico, consolidado e emanado a partir da Constituição que lhe sustenta e dá validade, e não a autoridade da Assembleia Constituinte⁹.

⁸ Não faz sentido a análise da inconstitucionalidade de atos que tenham se consolidado e se constituam, no momento da promulgação da nova Constituição, em ato jurídico perfeito. Assim sendo, a inconstitucionalidade só será aferível se a produção de efeitos, no todo ou em parte, do ato em questão se der na vigência da Constituição que serve como parâmetro de controle. Isso não significa, entretanto, que uma nova Constituição não seja capaz de desfazer o ato jurídico perfeito, mas que este se *presume* como consolidado mesmo em face de nova ordem jurídica. A Constituição tem que ser explícita quanto à reforma e revogação dos direitos subjetivos já consolidados, ou, ao menos, eles deverão ser manifestamente contrários àquilo que se encontra nela presente, a fim de que seja possível sua revisão jurisdicional.

⁹ Conforme visto supra, no tópico 2 e seguintes.

Como decorrência disso, ainda que as normas pré-constitucionais contrárias a uma Constituição que sirva de parâmetro de controle não sejam fruto de uma afronta do legislador ao constituinte (enquanto aquele não poderá antecipar e prever as decisões de produção normativa tomadas por este), são elas capazes de ferir e afrontar o Sistema Jurídico instituído por uma Constituição posterior a elas, devendo ser extirpadas deste sistema em razão de derrogação decorrente de hierarquia constitucional na qual se pronuncia a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei pré-constitucional. Por esta teoria, a solução da aparente antinomia não se satisfaz com uma mera análise de conflito intertemporal.

A extirpação do direito pré-constitucional do Ordenamento Jurídico, por conseguinte e seguindo tal linha de raciocínio, deverá se dar por meio do cumprimento de todo o trâmite de controle de constitucionalidade, de tal sorte que caberá ao detentor da Jurisdição Constitucional (no caso, a Corte Constitucional ou quem dela faça as vezes) a prerrogativa de declaração da derrogação em questão. Enquadra-se tal análise derogatória dentro do sistema de Controle de Constitucionalidade, de tal sorte que seu enfrentamento passará a ser regido pelos preceitos e procedimentos que o conformam e o regulam.

O entendimento pela teoria da recepção, por sua vez, pelo qual a análise de derrogação da norma pré-constitucional em face da Constituição utiliza critérios temporais, pressupõe que eventual incompatibilidade não se configuraria como inconstitucional.

As incongruências entre as leis pré-constitucionais e as normas constitucionais se resolveriam, neste caso, por mera interpretação hermenêutica, através da utilização das regras de solução de conflitos normativos no tempo, cabendo tal análise aos detentores da Jurisdição Ordinária.

3.2 EM MODELOS DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O modelo de controle difuso de constitucionalidade parte do pressuposto de que a característica de aplicação direta da norma constitucional aos casos concretos permite à jurisdição ordinária a aferição da inconstitucionalidade, inclusive no que se refere à decisão de não aplicar direito infraconstitucional em razão de incompatibilidade entre o mesmo e as normas a ele superiores.

Segundo tal modelo de pensamento, todos os juízos são dotados, por essência, do poder de jurisdição constitucional, desde que tal jurisdição não se dê em face da lei em abstrato, mas de forma incidental, na resolução de um caso concreto que dependa da análise de potencial afronta à Constituição.

Assim sendo, o que ocorre é que as prerrogativas de Jurisdição Constitucional e de Jurisdição Ordinária acabam por se confundir na figura dos mesmos juízes. Quer por uma razão de controle de constitucionalidade (a interpretação do texto constitucional como hierarquicamente superior ao da norma infraconstitucional), quer por uma questão de recepção (a interpretação do texto constitucional como norma posterior àquela que se pretende ver extraída do sistema), a retirada da norma pré-constitucional que afronta o texto da Constituição será de competência dos juízes comuns. A decisão de incompatibilidade das normas pré-constitucionais e constitucionais se dará em um contexto concreto, e seus efeitos se restringirão, *como regra*, às partes envolvidas no processo (os efeitos subjetivos da decisão serão *interpartes*).

3.3 CONTROLE DA LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL: O CASO BRASILEIRO

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade se apresenta como dual ou misto, de tal sorte que ao mesmo tempo em que juízes ordinários têm jurisdição constitucional para, em face de um caso concreto, afastar a aplicação de normas infraconstitucionais contrárias ao texto constitucional, há um tribunal que faz as vezes de Corte Constitucional – O Supremo Tribunal Federal – e detém a prerrogativa de

analisar, por meio do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, a inconstitucionalidade das leis.

Assim sendo, no modelo de controle de constitucionalidade concentrado, o que se percebe é que o entendimento pela adoção da inconstitucionalidade superveniente passaria a permitir ao Supremo Tribunal Federal - por meio de ADI ou ADC - a análise de incompatibilidade entre as leis pré-constitucionais e a norma constitucional parâmetro. A teoria da recepção, por sua vez, cerceia tal possibilidade, à medida que relega tal análise a aspectos meramente temporais, retirando do âmbito da jurisdição constitucional a questão da apreciação das eventuais incompatibilidades. Ainda que atualmente exista o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, é certo que ele não traz as mesmas possibilidades de proteção à ordem constitucional tal qual permitem as demais ações de controle concentrado, como bem se observará em tópico oportuno.

O modelo de controle difuso de constitucionalidade brasileiro, por sua vez, garante aos juízes ordinários a prerrogativa de análise da inconstitucionalidade. Em uma primeira fase da jurisdição estatal, quando da apreciação da matéria por juízos de primeiro grau, a razão jurídica pela qual uma norma pré-constitucional contrária à Constituição é extraída do sistema passa a ser secundarizada, uma vez que a adoção de quaisquer das teorias que sustentam tal circunstância tende a gerar os mesmos efeitos jurídicos. Ocorre que, ao verificarmos a competência de apreciação dos órgãos jurisdicionais colegiados e, mais ainda, dos tribunais de sobreposição, a adoção de uma ou de outra das teorias estudadas apresentará diferentes procedimentos de análise.

Isso pois a Constituição do Brasil impõe ao procedimento de controle difuso de constitucionalidade uma característica particular, que acaba por trazer consequências dispares de acordo com a teoria que se pretender adotar. O artigo 97 da Constituição da República estabelece o que se chama de Cláusula de Reserva de Plenário¹⁰. Segundo tal

¹⁰ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (BRASIL, 1988).

dispositivo, no caso de arguição de inconstitucionalidade levada a órgãos colegiados, apenas o plenário poderá apreciar a matéria, fazendo-o através de um procedimento incidental¹¹.

A exceção à exigência de apreciação pelo Tribunal Pleno¹² se dará nos casos em que o Tribunal em questão tiver mais do que 25 membros.¹³ Entendendo o Constituinte que a apreciação das alegações de inconstitucionalidade pela totalidade dos membros de tribunais com número elevado de magistrados é inoportuna e inviável, permitiu àqueles tribunais a criação de um Órgão Especial, que verá a si delegadas as competências do plenário.

A existência da cláusula de reserva de plenário, portanto, faz com que haja efeitos distintos na aplicação da teoria da recepção ou da inconstitucionalidade superveniente mesmo nos casos difusos e concretos, haja vista que a jurisdição constitucional difusa e a jurisdição ordinária não se apresentam como idênticas na Ordem Jurídica pátria.

Ainda discorrendo sobre as diferenças práticas entre uma ou outra das teorias, temos que a adoção da teoria da recepção tende a gerar menor segurança jurídica, haja vista que toda decisão plenária impõe vinculação à totalidade dos magistrados daquele tribunal.¹⁴ Como as decisões do pleno se dão apenas em relação às potenciais inconstitucionalidades, não haverá ali uma uniformização automática e vinculante da jurisprudência.

Em relação aos tribunais de sobreposição, também a adoção de uma ou outra da teoria trará consequências. Sabe-se que há uma competência bem delimitada entre o

¹¹ Aquela que ocorre em face de um caso concreto, e na qual a determinação de uma norma como inconstitucional ou constitucional se constitui meramente como matéria de fundo, revelando-se como um incidente processual, ao invés de ser a principal discussão contida no processo onde ela se apresenta.

¹² Entende-se por tribunal pleno ou por Plenário a totalidade dos membros componentes de determinado tribunal jurisdicional.

¹³ Impende salientar que, dadas as características continentais do Brasil, tal circunstância não se apresenta como de todo incomum. Como exemplo, destaca-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, que é composto por 360 desembargadores, o que o torna, aliás, o maior Tribunal do mundo.

¹⁴ Vide art. 927, inciso V do Código de Processo Civil brasileiro, in litteris: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça: enquanto o primeiro se limita à apreciação de questões de índole constitucional, o segundo faz a análise de aspectos atinentes à legislação federal infraconstitucional. Como corolário lógico, a adoção da teoria da inconstitucionalidade superveniente leva a competência da apreciação da desconformidade entre lei pré-constitucional e constituição ao Supremo Tribunal Federal, enquanto o entendimento pela teoria da recepção acabará por forçosamente levar a questão ao Superior Tribunal de Justiça.

3.4 QUADRO ESQUEMÁTICO, ACERCA DA COMPETÊNCIA E CONCENTRAÇÃO DA ANÁLISE DE INCONGRUÊNCIA ENTRE LEIS PRÉ-CONSTITUCIONAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS

Quadro 1 – Competência e concentração da análise de incongruências entre leis pré-constitucionais e normas constitucionais.

	Inconstitucionalidade superveniente	Teoria da Recepção Constitucional
Modelo abstrato	Análise Concentrada, por meio da Jurisdição da Corte Constitucional	Ausência de centralização, com as incompatibilidades sendo apreciadas por qualquer juiz
Modelo concreto	Análise Difusa, por meio da Jurisdição dos juízes comuns	Ausência de centralização, com as incompatibilidades sendo apreciadas por qualquer juiz

Fonte: O autor (2020).

4. AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL POSTERIOR A 1988

O caso do ordenamento constitucional brasileiro apresenta um agravante no que concerne à existência de direito pré-constitucional.

Isso pois, poder-se-ia supor, o direito anterior à Constituição acabaria, depois de determinado tempo, se tornando cada vez mais irrelevante, sendo derogado não apenas

de maneira implícita mas também pela promulgação de novas leis que, renovando o ordenamento jurídico, por si revogariam as normas pré-constitucionais. Igualmente, a paulatina unificação jurisprudencial indicaria a existência ou não da incompatibilidade entre a Constituição e o direito a ela anterior.

Ocorre, porém, que o Ordenamento Jurídico brasileiro se apresenta como fonte inesgotável de direito pré-constitucional. Afinal, é sabido e consabido que a Constituição Brasileira se encontra absolutamente retalhada em razão das incontáveis emendas que a ela alteraram.

E, toda a vez que uma nova emenda constitucional se coloca em vigor e modifica o texto da lei suprema, criam-se mais leis anteriores à Constituição. Afinal, todas as leis posteriores à 1988 e anteriores a tal emenda serão caracterizadas como pré-constitucionais.

Assim sendo, o que se percebe é que a questão apresentada manterá sua relevância de maneira permanente, sendo geradas de maneira constante leis anteriores à emendas constitucionais regulamentadoras dos temas que lhes são afetos, de tal sorte que a teoria da recepção e as determinações de competência a ela inerente acabará por se manter permanentemente como um anteparo inviabilizador do pleno acesso ao judiciário e da maximização da efetivação do texto constitucional, que verá sua supremacia incessantemente mitigada.

5. A ADPF (ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL) COMO ALTERNATIVA: SOLUÇÃO DEFINITIVA? OS PROBLEMAS NÃO SOLUCIONADOS PELA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO

A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 102, § 1º, da Constituição da República. O dispositivo indicado singelamente fez afirmar que o instituto da arguição de descumprimento seria definido por meio de lei ordinária, bem como que o julgamento

de tal forma de ação seria de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Furtou-se a Constituição, portanto, de dar uma feição mais detalhada ao instrumento processual.

O que o constituinte fez, a bem da verdade, foi garantir ao legislador ordinário a possibilidade de complementar o sistema de controle de acordo com as necessidades que a vida prática acabaria por apresentar, sem que para isso tivesse que emendar a constituição para ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal (visto que o rol de competências do Pretório Excelso é taxativo, e qualquer ampliação aos poderes do órgão não incluída no artigo 102 da CRFB/88 consistiria em usurpação de competência da jurisdição ordinária/não constitucional).

A forma como a ADPF foi regulamentada garantiu uma ampliação da efetividade constitucional, permitindo que um maior número de questões seja trazido ao STF por meio do controle concentrado e garantindo a ampliação da segurança jurídica no que se refere à maneira como devem ser interpretadas as normas constitucionais.

Dentro de tal ampliação, foi expressamente incorporada a possibilidade de controle de constitucionalidade abstrato das leis pré-constitucionais. Tal panorama, no entanto, não equiparou a proteção da constituição nos casos de incompatibilidade das leis pré-constitucionais e pós-constitucionais.

Isso pois o instrumento processual é expresso em reduzir o escopo de sua apreciação aos denominados *preceitos fundamentais*. O termo advém do próprio nome da ação - uma das poucas coisas que foi definida diretamente pelo constituinte originário – e é incapaz de determinar, sozinho, qual a abrangência pertencente ao instrumento processual a ele referente.

A lei 9882/99, em artigo 1º, limita-se a afirmar qual o limite da proteção à Carta Constitucional de 1988 garantida pela arguição aos preceitos fundamentais, tendo, portanto, também se omitido em definir a abrangência e amplitude de tais preceitos.¹⁵ A

¹⁵ Aliás, segundo André Ramos Tavares, não poderia ser diferente, já que “não caberia ao legislador pretender elucidar esse conceito. De um lado, porque poderia cair no absurdo de reiterar todos os termos constitucionais, para não deixar de indicar qualquer possível preceito fundamental. De outra parte,

Comissão Celso Bastos, responsável pela elaboração do anteprojeto da lei 9882/99, até chegou – em um primeiro esboço – a determinar exemplificativamente alguns dos preceitos fundamentais. Tal ideia, porém, foi intensamente rechaçada, e acabou por ser abandonada nos textos posteriores.¹⁶

Frise-se a importância de caracterizar o conceito de preceito fundamental: trata ele de limitação material à abrangência da ADPF, já que, ao afirmar que a arguição prestaria a analisar o descumprimento de preceitos fundamentais, deixa claro o constituinte que não é qualquer norma constitucional cujo descumprimento ensejará o cabimento de tal garantia processual. Neste sentido, os Professores Celso Ribeiro de Bastos e Alexis Galias de Souza Bargas definem com a habitual maestria que a eles é inerente o destaque que tais preceitos teriam na ordem constitucional, até mesmo em face de outras normas também expressas no texto da Lei Maior¹⁷:

A Constituição, ao referir-se a preceitos fundamentais, demonstra o papel que o veículo processual visa cumprir, que é o de proteger a Nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valoroso no seu sistema jurídico. Não é a lesão a qualquer norma formalmente constitucional que poderá ensejar a arguição. Haverão de ser levados em conta

porque certamente iria incidir – sem prejuízo do primeiro inconveniente apontado – na violação da vontade constitucional por restrição ou alargamento indevido do campo de incidência da medida especial” (TAVARES, 2001, p. 113).

¹⁶ V. André Ramos Tavares, (2001, p. 25 e seguintes), nas quais se observam não apenas quais os valores foram - naquele momento - cogitados de serem elencados como preceitos fundamentais, como também os argumentos levantados pelos membros da Comissão para que não fosse elaborado qualquer tipo de enumeração.

¹⁷ Antes de avançarmos, não é inútil afirmar que tal entendimento não embasa, de maneira alguma, a teoria de Otto Banhof, que afirma que normas emanadas do Constituinte Originário podem ser declaradas inconstitucionais, se tomadas por parâmetro outras normas de maior importância. Deve-se deixar claro que o fato do Constituinte acreditar que determinadas normas mereçam proteção instrumental extra, no que se refere a análise *in abstracto* pelo Supremo Tribunal Federal quanto à infração às mesmas, não as torna hierarquicamente superiores aos demais dispositivos expressos na Carta Magna. Evidencia-se, portanto, que a maneira como a ADPF foi implementada não afetou, de maneira alguma, a unidade constitucional, que continua a existir em conformidade com toda a doutrina constitucional até o momento elaborada. Aliás, o Ministro Moreira Alves foi quem afirmou que: “Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, *Caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição” (BRASIL, 1996).

os preceitos maiores da Carta Política, que, por não estarem definidos na legislação em comento, demandarão um trabalho doutrinário e jurisprudencial. (BASTOS; BARGAS, 2011, p. 246)

Obviamente, tal omissão normativa acarretou uma série de dúvidas e controvérsias na doutrina. Os autores supracitados, por exemplo, tratam do tema afirmando que:

Resta, entretanto, uma indefinição acerca dos temas fundamentais. E, portanto, será necessária uma construção jurisprudencial em torno da matéria, para que se possa definir, com segurança, quais são esses preceitos. No entanto, já se pode firmar alguns pontos que, em vista da magnitude e da posição que ocupam na Carta, constituem preceitos fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (arts. 1º e 60, §4.º, da CF/1988). (BASTOS; BARGAS, 2011, p. 253).

André Ramos Tavares chegou a escrever quase 60 páginas em seu Tratado dedicado ao tema da arguição de descumprimento para tentar decifrar o sentido jurídico de preceito fundamental e, após uma série de divagações de cunho filosófico, chegou à conclusão que “considera-se fundamental o preceito quando apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável”, enquadrando aqui “apenas aqueles princípios diretamente ligados aos valores essenciais do sistema constitucional, tendo em vista a verdadeira ‘vulgarização’ que o termo ‘princípios’ tem experimentado ao longo dos anos”. Exime-se o autor, porém, de elencar expressamente o que são, para ele, preceitos fundamentais¹⁸, ainda que sejam citadas exemplificadamente algumas normas que integrem tal elenco, como os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil (artigos 1º a 4º), os direitos humanos fundamentais, bem como, de maneira mais genérica, todas as normas materialmente constitucionais presentes em nosso ordenamento jurídico.

¹⁸ Frise-se que o Professor André é, neste ponto específico, propositalmente pouco incisivo, à medida que entende que: “A tarefa de identificar, topicamente, todos os preceitos constitucionais fundamentais, dentro desse contexto geral, caberá precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, na condição de órgão que dita a última palavra em questões constitucionais, por meio de sua percuciente análise e atenção à constante evolução valorativa”. (TAVARES, 2001).

E, se todos os doutrinadores¹⁹ são unânimes ao afirmar que é função do Supremo Tribunal Federal a conceituação e a taxatividade dos chamados Preceitos Fundamentais, é nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes que é encontrada a luz que direcionará o assunto. Se de um lado afirma o ilustre constitucionalista e membro do Pretório Excelso que “é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento” (MENDES, 2009, p. 80), também indica uma série de normas constitucionais, que, ao ver dele devem ser elencados como princípios fundamentais, destacando-se os artigos 1º a 4º (que tratam dos Princípios Fundamentais); Art. 5º a 17 (direitos e garantias fundamentais); art. 34, VII (os chamados princípios constitucionais sensíveis); art. 37, caput (princípios da Administração Pública); bem como o artigo 60, §4º (limites materiais à Reforma Constitucional).²⁰

Deve-se frisar, em relação ao elenco *supra* exposto, que ele foi efetivamente adotado pelo STF. Isso pode ser demonstrado no acórdão da ADPF 33, de relatoria do próprio Ministro Gilmar Mendes, no qual se transcreve de maneira literal o seu posicionamento anteriormente exarado como doutrina.

O que se observa é que a ADPF não apresenta o mesmo objeto que as demais ações de controle concreto, pelo que a manutenção da teoria da recepção, haverá efetivo estreitamento das possibilidades de controle da revogação das leis pré-constitucionais. Como consequência, e em conformidade com tudo o que restou discutido, a opção pela

¹⁹ Ainda neste sentido de busca do sentido da expressão ‘preceitos fundamentais’, aos doutrinadores citados une-se o Professor Elival da Silva Ramos, que afirma que a expressão “cuida-se, porém, à evidência, de conceito amplo e indeterminado, cuja destinação pode ser sugerida pela doutrina, porém sem jamais atingir o nível de segurança que somente a prática do instituto permitirá.” (RAMOS, 2010, p. 327).

²⁰ Evitar-se-á, neste trabalho, nomear os preceitos constantes no artigo 60, § 4º da Constituição Federal como cláusulas pétreas. Alinha-se, aqui, com a corrente doutrinária que entende que a nomenclatura “pétrea” indica a impossibilidade de alteração das normas elencadas, o que não se aplica à Constituição Brasileira. Ora, evidente que o núcleo rígido de nossa Constituição se limita a proibir que determinados institutos presentes na Carta Maior sejam abolidos ou desnaturados, permitindo-se, portanto, alterações pontuais. (BRASIL, 1988).

teoria da recepção deixa o texto constitucional vulnerável à insegurança e ao seu descumprimento.

6. CONCLUSÃO

Existem ao menos duas formas principais de se analisar, em face de nova Constituição, o direito pré-constitucional.

A primeira delas, adotada pelo Direito Brasileiro, diz respeito à Teoria da Recepção Constitucional. Entendendo que o conflito entre uma nova norma constitucional e o direito infraconstitucional anterior a ela se refere tão somente a aspectos temporais, afirma tal teoria de que as leis pré-constitucionais contrárias a Constituição não passam pelo prisma da existência e, como tal, não podem ser consideradas inconstitucionais.

Em assim sendo, aplica-se o entendimento de que *lex posterior derogat priori* para afastar tais tipos normativos, relegando-se a competência da discussão aos juízes detentores da jurisdição ordinária. Afinal, tal questão nada mais seria do que um simples conflito de leis no tempo, e como tal deve ser tratado.

Tal teoria, no entanto, traz, ao menos, dois diferentes problemas.

O primeiro deles diz respeito à amplitude da solução jurídica do conflito: ao se afastar do âmbito da jurisdição constitucional a problemática da lei pré-constitucional, impede-se a plena utilização do controle concentrado de constitucionalidade, fazendo-se com que a dúvida acerca da existência de uma lei ou não no ordenamento jurídico perdure por longo tempo, sendo solucionada casuística e ocasionalmente.

A segunda delas diz respeito ao afastamento do critério hierárquico. É sabido que leis especiais têm prerrogativa sobre as leis gerais, enquanto se colocam como exceções à aplicação da regra geral. Assim sendo, a promulgação de uma lei que traga uma regra geral não tem o condão de derrogar leis especiais acerca do assunto que ela abarca.

A adoção da solução da desconformidade entre leis pré-constitucionais e a nova Constituição por meio de uma resolução de conflito temporal força com que as leis

anteriores à Constituição e regulamentadoras de casos especiais, tratados tão somente de maneira genérica pela Lei Maior, não sejam derogados ou, se o forem, que se rompa com a coerência interna do sistema hermenêutico com o qual se busca trabalhar. Aliás, a única explicação pela qual se permite que uma lei geral se derogue uma lei especial é entender a lei geral como hierarquicamente superior à geral, de tal sorte que a derrogação do direito se dê pelo brocardo *lex superior derogat inferiori*, como melhor se verá a seguir.

A teoria da Inconstitucionalidade Superveniente, por sua vez, compreende o fenômeno da incongruência entre a lei pré-constitucional e a Constituição que lhe advém como uma inconstitucionalidade, admitindo que o fundamento pelo qual se dará a extração da lei infraconstitucional do ordenamento jurídico não se resume a aspectos temporais, mas sim diz respeito à hierarquia normativa apresentada pelos diferentes textos que são objetos da comparação pela qual se aduziu a referida incompatibilidade.

Com isso, garante-se a Supremacia da Constituição em todos os aspectos a ela inerentes, expandindo as prerrogativas da Jurisdição Constitucional para aplicar seu *enforcement* e dar cumprimento ao texto constitucional mediante toda e qualquer ameaça que possa produzir efeitos práticos sobre ele, bem como pacificando em definitivo eventuais conflitos interpretativos trazidos pela nova Constituição, por meio da utilização do controle concentrado de constitucionalidade (em especial, por meio da ADI, que tem seu objeto de apreciação amplificado, em comparação com aquele que é abarcado pela ADPF).

Concluindo, é em face do exposto que se entende que a teoria da inconstitucionalidade superveniente demonstra-se mais coesa do ponto de vista teórico para explicar o fenômeno da incongruência entre atos normativos pré-constitucionais e a Constituição em vigor, demonstrando-se tal teoria como um instrumental mais apto para proteger não apenas a Supremacia Constitucional como também, e principalmente, haja vista que uma Constituição não pode ser vista como um amontoado de leis autistas e sem razão de ser, os direitos subjetivos individuais dos cidadãos que se submetem à lei maior em questão. Entende-se, por conseguinte, que é chegada a hora de uma

revisitação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, corrigindo-se um erro histórico que foi reiteradamente cometido, e deixando o mesmo de se eximir das responsabilidades de julgamento das leis que, mesmo promulgadas em momento anterior à Constituição, trazem problemas quotidianos aos cidadãos que a ela não sabem se devem se submeter ou não, gerando insegurança jurídica e descumprindo-se o papel do direito de instrumento da pacificação social.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galias de Souza. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, Volume V**: Instrumentos e garantias de proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815-3 Distrito Federal. Relator Ministro Moreira Alves. Plenário. Julgado em 28/03/1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: comentários à Lei n.9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Comentários à lei n. 9.882, de 3-12-1999. 2. Edição. São Paulo, Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional VI**: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental:** Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

Data da submissão: 12/02/2020

Data da primeira avaliação: 14/04/2020

Data da segunda avaliação: 03/07/2020

Data da aprovação: 03/07/2020