

Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”

Renato Gugliano Herani

Sumário

1. Direito pré-constitucional no processo democrático brasileiro. 2. “Recepção de leis”: compreensão crítica do fenômeno. 3. Modelo atual de controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais. 4. STF e seu absentismo na aferição da legitimidade constitucional das leis pré-constitucionais. 5. Direito pré-constitucional: pauta irrecusável do processo constitucional objetivo.

1. Direito pré-constitucional no processo democrático brasileiro

A Constituição brasileira de 1988 completa duas décadas e ainda está longe da implementação de expressiva maioria dos princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Democrático de Direito. A deficiência da postura estatal intervencionista no cumprimento das realizações dos direitos sociais suscita reflexões acerca de uma Justiça constitucional mais ativa no processo de realização substancial do sistema de direitos sociais fundamentais.

Na crítica atual de Lenio Luiz Streck (2004, p. 185), alinhada à tese constitucional substancialista, a Justiça constitucional brasileira está longe do ativismo diante da sociedade, por ainda ser permeada por dogmática jurídica marcada pela postura absenteísta própria do modelo liberal-

Renato Gugliano Herani é Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em SP.

normativista, distanciando-se assim do intervencionismo capaz de construir uma concepção substancial da democracia – expressão do “reconhecimento de uma igual dignidade em todas as pessoas, individualmente, a ser acatada no convívio social” (GUERRA FILHO, 2007, p. 156).

Um fator apontado por Streck (2004, p. 185), que contribui para esse cenário, é a postura do Poder Judiciário de ausência na formulação de uma “filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição”. Essa crítica incide diretamente sobre o modelo de aferição da legitimidade constitucional das leis pré-constitucionais há muito praticado no Brasil, para o qual Clémerson Merlin Clève (2000, p. 220) defende curial ajustamento à tendência contemporânea, a fim de dar à fiscalização abstrata extensão suficiente para apanhar o direito preexistente, o que implicaria radical alteração no atual modelo. Alteração também clamada no bojo da atual composição do Supremo Tribunal Federal, já que, para Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 67), não se afigura despropositado cogitar da revisão da jurisprudência da Corte Suprema a fim de promover a extensão do controle abstrato de normas, para agasalhar as normas pré-constitucionais, integrantes de um “espaço residual expressivo” subsistente para o controle difuso relativo às matérias imunes à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, “que tem sido responsável pela repetição de processos” (MENDES, 2005, p. 93).

Tais suscitações revelam ser – a despeito de duas décadas de vigência da Constituição de 1988 – curial o esforço reflexivo acerca do fenômeno que lida com a relação internormativa de compatibilidade vertical entre a lei pré-constitucional e a Constituição, costumeiramente identificado como *recepção legislativa*, tendo em vista o atual modelo de controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais praticado no sistema jurídico brasileiro.

Em tão breves linhas, não é possível delinear, ancorando-se em prudente fundamentação, uma proposta de extensão da fiscalização do direito pré-constitucional. E não é esse o propósito deste trabalho. Importa sim demonstrar como ainda vigora a condição secundária do processo constitucional objetivo na aferição da compatibilidade/incompatibilidade de leis pré-constitucionais com a Constituição vigente, o que, sem dúvida, acarreta retardos no processo de implementação e consolidação da democracia brasileira.

2. “Recepção de leis”: compreensão crítica do fenômeno

Apesar de há muito batizado como *recepção legislativa*, o emprego da expressão parece induzir o pensamento a uma deturpada leitura do fenômeno a que substancialmente se propõe identificar, e isso pode provocar equívocos em sua ontologia e estrutura lógico-normativa.

O termo *recepção legislativa* encontra raízes em Hans Kelsen em sua conhecida passagem presente na obra *Teoria geral do direito e do Estado* em que descreve o fenômeno de derrubada de uma ordem jurídica e substituição por outra no mesmo âmbito espacial desencadeada com a emergência de uma nova Constituição em suplantação de outra até então vigorante. Kelsen (2005, p. 172) se refere a “caso de recepção (semelhante à recepção do Direito romano)”.

Identifica nesse fenômeno analogia ao movimento vivenciado com especial destaque na Alemanha nos séculos XV e XVI. Naquela ocasião, o País foi palco de “adoção de uma nova ordem jurídica, ordem essa, até certo ponto, completamente estranha àquilo que mais tarde se chamaria ‘germanismo’. Este acontecimento se chamou de recepção” (FERREIRA SOBRINHO, 1987, p. 25-47), recepção do direito romano na Alemanha, fenômeno dado como “a cientificização do direito alemão e dos seus juristas ou [...] um direito dos juristas” (Idem).

O fenômeno de incorporação do direito romano ao sistema jurídico alemão, que, “se não chegou a impressionar como algo que lhe foi exclusivo, impressionou pelo fato de ter desencadeado a adoção de uma nova ordem jurídica” (FERREIRA SOBRINHO, 1987, p. 25-47), inaugurou a perspectiva do fenômeno da recepção em que se cogita a transposição de institutos estrangeiros para outros ordenamentos jurídicos pela via do direito comparado, engendrada em conjugação com adaptações às condições reais do povo destinatário dessa transposição (Idem). Tal perspectiva se tornou “um dos importantes objetivos ou finalidades do Direito Comparado” (DANTAS, 2003, p. 7-21), e “faz com que não se veja o sistema jurídico como algo *estático* em relação aos modelos estrangeiros, mas sim *dinâmico*, sempre passível de receber *influências externas*” (Idem), assim, “representa a aproximação dos diversos modelos jurídicos existentes no plano internacional, também entendida como *Transferência Jurídica*” (Ibidem).

O fenômeno aqui tratado não é o da *Transferência Jurídica*, vale dizer, o de recepção de institutos jurídicos alienígenas via direito comparado ao ordenamento jurídico brasileiro inaugurado com a Constituição de 1988. Está voltado para o plano do direito interno, sobretudo se cinge à relação entre a Constituição e as leis que lhe são anteriores. Relações que decorrem da suplantação de ordenamentos jurídicos no mesmo âmbito espacial determinada pela substituição de uma Constituição por outra e pelo aproveitamento fragmentário da malha normativa produzida pelos processos legislativos anteriormente vigentes, por meio de transposição para o novo sistema jurídico não por simples incorporação, mas por transmudação do velho para o novo.

A problemática da *recepção de leis* se instala no contexto de sucessão tempo-espacial de ordenamentos jurídicos, desencadeada com a substituição de textos constitucionais. É sob a perspectiva do ordenamento jurídico que esse fenômeno encontra sua

identificação estrutural, mais precisamente no campo da relação temporal entre ordenamentos (BOBBIO, 1997, p. 161). Constitui fenômeno cuja problemática se caracteriza por nascer no exterior para gerar efeitos no interior de um ordenamento jurídico. Em outras palavras, originariamente se manifesta no momento de sucessão de ordenamentos situados no mesmo âmbito espacial e em diferente âmbito temporal.

Hans Kelsen (2005, p. 7) alerta para a ideia de que qualquer “tentativa de definição de um conceito deve adotar como ponto de partida o uso comum da palavra, denotando o conteúdo em questão”. Se assim é, deve haver correlação entre o uso comum da palavra à qual se atribui um conceito a ser definido e o conteúdo referido pela palavra. É nesse ponto que está o problema da utilização do vocábulo *recepção*, pois esse não guarda, no uso comum, referência adequada – mormente no contexto do constitucionalismo moderno – ao conteúdo do fenômeno a que se refere.

No uso comum, o termo *recepção* faz alusão a ato ou efeito de receber (AURÉLIO, 1972, p. 1027). Potencializa a ideia de mero recebimento de leis anteriores pela ordem constitucional constituída posteriormente a elas; e, com isso, a de convivência do velho com o novo. A ideia torna-se ainda mais viva ao se perceber que o enunciado acolhido pela nova ordem permanece o mesmo. Essa visão reforçaria a concepção de mero recebimento de normas jurídicas produzidas em um sistema jurídico-constitucional sucedido por outro. Recebimento no sentido de hospedagem, com a conservação do originário fundamento de validade e da individualidade textual e semântica de normas estranhas ao novo sistema, mas que compõem o novo ordenamento jurídico ao lado das normas posteriormente produzidas.

No entanto, tal visão é equivocada na medida em que oculta o efeito principal do fenômeno aqui estudado, qual seja, a (re)criação normativa. A racionalização da

recepção legislativa se constrói, nos tempos modernos, a partir da admissão de certos postulados essenciais do Estado constitucional: o da supremacia da Constituição e o da rigidez constitucional, que conduzem o pensamento jurídico à ideia de Constituição como fundamento de validade da ordem jurídica. Portanto, o surgimento de uma nova ordem constitucional implica necessariamente a renovação do complexo normativo para adequação ao novo parâmetro de validade. A nova Constituição provoca, por sua força de inicialidade fundante, a perda de eficácia de todo o direito anterior, e aquele que for compatível com a nova Constituição recobra a eficácia instantaneamente (FERREIRA FILHO, 1999, p. 97). Portanto, o Poder Constituinte tem como produto final de sua atividade, além do surgimento de uma Constituição, o desencadeamento do processo de novação de toda a legislação pré-constitucional.

“Construir ou reconstruir tudo desde a base seria esforço demasiado pesado ou impossível em curto tempo e, entretanto, seria gravemente afectada a segurança jurídica” (MIRANDA, J., 2003, p. 461). Assim, a renovação de todo o arcabouço legal por regular processo legislativo estabelecido pela nova ordem constitucional apresenta impossibilidade prática intransponível, motivando na doutrina de Kelsen (2005, p. 172) a ideia de uma fonte de direito abreviada:

“Se as leis introduzidas sob a velha constituição ‘continuam válidas’ sob a nova constituição, isso é possível apenas porque a validade lhes foi conferida, expressa ou tacitamente, pela nova constituição. O fenômeno é um caso de recepção (semelhante à recepção do Direito romano). A nova ordem recebe, *i. e.*, adota normas da velha ordem; isso quer dizer que a nova ordem dá validade (coloca em vigor) a normas que possuem o mesmo conteúdo que normas da velha ordem. A ‘recepção’ é um

procedimento abreviado de criação de Direito”.

Com a nova Constituição, toda a legislação pretérita deve compatibilizar-se com a nova ordem. Em assim ocorrendo, automaticamente a lei pretérita recebe novo fundamento de existência e validade. Não haveria, pois, necessidade de criação de uma nova rede legislativa.

A compatibilidade entre o “velho” e o “novo” não tem como resultado o aproveitamento ou não do “velho”, mas sim o surgimento ou não do “novo”. É equivocado dizer que a compatibilidade da lei anterior com a nova Constituição faz com que o ordenamento jurídico passe a compor-se de normas velhas. É para o que alerta Norberto Bobbio (1997, p. 177) sustentando que a *recepção* não coaduna com a simples permanência do velho no novo. Traduz, na dicção de Jorge Miranda (2003, p. 463), o ato de dispor *ex novo* ou, na de Lenio Luiz Streck (2004, p. 700), o ato de transmudar o “velho texto” em “texto novo”. Isso implica reconhecer que a estrutura normativa é preenchida por normas criadas por processo legislativo institucionalizado pela nova ordem e outras (re)criadas por outra fonte de criação do direito, que parece mais apropriado denominar *novação legislativa*.

A cada emergência de uma Constituição, a renovação de todo o arcabouço legal pelos regulares processos legislativos estabelecidos pela nova ordem constitucional em curto período de tempo constitui esforço impossível de realizar, de modo que se tornaria, pois, impraticável a substituição de toda a legislação infraconstitucional com a introdução de uma nova Constituição. Anos e mais anos seriam necessários de atividade legislativa intensa para a completeza do vácuo legal. Enquanto não criadas as novas leis, como seria a regulação das condutas sociais?

Percebe-se assim um campo de tensão entre a coerência lógica do pensamento jurídico e a verdade de fato peculiar aos centros emanadores das leis (que é a inca-

pacidade de renovação a um só tempo de toda a malha legislativa). Esse campo de tensão instigou a racionalidade jurídica a enfrentar a incapacidade legislativa. Desenvolveu o fenômeno do aproveitamento da lei velha na (re)criação de lei nova no sistema jurídico recém-instalado. E assim surge a novação legislativa como verdadeira fonte de direito.

Miguel Reale (1987, p. 140) designa, por fonte de direito, "os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatoria, isto é, com vigência e eficácia". Norberto Bobbio (1995, p. 161) já conceitua como "aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas". As fontes de direito se apresentam como regras de estrutura do ordenamento capazes de determinar o ingresso de uma norma e, por conseguinte, o reconhecimento como tal no ordenamento jurídico.

A recepção emerge como uma das diversas fontes de direito presentes no ordenamento jurídico, voltada a suprir a incapacidade legislativa perceptível quando do surgimento de uma nova ordem jurídica. E tem a função essencial de promover a completude do ordenamento jurídico com o aproveitamento das leis velhas recriando novas normas. Norberto Bobbio (1995, p. 164) também reconhece na novação uma fonte de direito. Entende que, na doutrina juspositivista das fontes, admite-se a existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados. Hierarquizado na medida em que existe uma fonte predominante, ou seja, no plano mais alto, que é a lei, e complexo porquanto conjuga outros fatos ou atos produtores de normas, que formam fontes subordinadas, entre elas o processo de reconhecimento, ou, no seu dizer, recepção, assim denominado:

"Quando existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que

produz regras de conduta a que o Estado *reconhece* (isto é, atribui) *a posteriori* (isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação do seu conteúdo". (BOBBIO, 1995, p. 164)

A regra de novação se operacionaliza no momento exato da promulgação da Constituição. No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 é um "marco demarcatório para a exsurgência do novo e sepultamento do velho" (STRECK, 2004, p. 702). Ocasião em que essa se depara com toda a malha legislativa precedente, e pertencente ao ordenamento velho (NEVES, 1988, p. 97). Automaticamente ocorre a novação ou não das leis pré-constitucionais. Esse ato de novação, instantâneo à promulgação de uma nova Constituição, não é dotado de procedimento formal preordenado, e, no entanto, dele culmina, tal como do processo legislativo, a transformação de uma prescrição em direito vigente. É uma criação abreviada de direito, de certa maneira desprovida de atos sequencialmente institucionalizados para a produção de prescrições jurídicas. O ato exigido é a compatibilidade com a nova Constituição decorrente de uma construção interpretativa verificada no momento em que se concretiza a sucessão de textos constitucionais.

Essa regra de novação tem como elementos: a Constituição (superveniente) como parâmetro de novação (MORTATI, 1958, p. 131) e a norma pré-constitucional como objeto. Sua aplicação pode produzir dois resultados: a) a lei pré-constitucional materialmente compatível com a Constituição considera-se novada, implica dizer que, do ponto de vista interno do sistema, a lei pré-constitucional adapta-se aos critérios de existência e de validade, e assim cria, com a nova Constituição, uma relação intrassistemática de fundamentação-derivação (NEVES, 1988, p. 102); b) as leis pré-constitucionais materialmente incompatíveis, não são novadas, vale dizer, "simplesmente se desconsidera sua existê-

cia. São reputadas, para todos os fins, como não-normas" (TAVARES, 2006, p. 170).

A regra de novação existe independentemente de norma expressa. Em qualquer sistema constitucional, há uma cláusula tácita de novação, desde que não haja previsão contrária no próprio texto constitucional. No Brasil, a Constituição de 1891 está presente no artigo 83; a de 1934, no artigo 187; e a de 1937, no artigo 183.

Assim, com a nova Constituição, toda a legislação pretérita se submete à regra de novação, que desencadeia um processo de verificação e solução de compatibilidade com a nova ordem que se estabelece. Esse processo desenvolve-se com a participação do Poder Judiciário, especialmente do órgão máximo, responsável pela preservação e implementação das normas constitucionais vigentes, por meio dos mecanismos institucionalizados para a defesa da Constituição. Sem dúvida, o Poder Judiciário desempenha papel central no processo de constitucionalização do direito pré-constitucional.

A problemática da aplicação da regra de novação está justamente no ato de verificação e solução da compatibilidade/incompatibilidade das leis pré-constitucionais com as novas normas constitucionais. Esse ato se cumpre por meio de um esforço hermenêutico desenvolvido por órgãos jurisdicionais competentes. Com isso, pode ocorrer de a lei pré-constitucional não ser novada no ato simultâneo à promulgação de uma Constituição superveniente, por ser com esta incompatível, e ainda assim continuar produzindo ou irradiando efeitos jurídicos concretos no seio da coletividade, por quanto ou os órgãos competentes ainda não reconheceram a incompatibilidade da lei (inexistência) ou foi reconhecida como tal por alguns órgãos jurisdicionais, mas por outros não.

Da mesma forma que se admite possível uma lei pós-constitucional pertencer ao ordenamento jurídico ainda que válida e inválida simultaneamente dada a dispari-

dade das decisões de verificação, também é possível uma mesma lei pré-constitucional ser considerada novada por alguns órgãos jurisdicionais e não novadas por outros. Isso porque o reconhecimento da incompatibilidade da lei pré-constitucional se depara com, segundo Marcelo Neves (1988, p. 49), "a multivocidade significativa do discurso jurídico (problema semântico) e a pluralidade de órgãos encarregados de interpretar e aplicar as normas jurídicas (problema pragmático)". E, para que essa dicotomia seja superada definitivamente, é imprescindível a atuação de um órgão uniformizador da jurisprudência (NEVES, 1988, p. 49) – encarregado de extirpar os efeitos jurídicos que a lei pré-constitucional produz no sistema jurídico.

Portanto, o papel do Poder Judiciário na teoria da recepção é fundamental, especialmente do Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável pela uniformização do discurso de harmonização do edifício normativo-constitucional.

3. Modelo atual de controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais

A exigência do Poder Judiciário no enfrentamento da verificação e da solução das compatibilidades/incompatibilidades das leis pré-constitucionais torna importante a discussão em torno da natureza da lei pré-constitucional não novada. Em que plano da manifestação normativa se encaixa a norma pré-constitucional novada ou não novada? Para responder tal pergunta, é necessário estudar os planos de existência, validade e eficácia da lei pré-constitucional, não só em relação ao sistema jurídico sucedido, como em relação ao sistema jurídico sucessor. A lei pré-constitucional não novada, ou seja, incompatível com a nova Constituição, constitui, perante o novo sistema jurídico, ato inexistente, ato inválido ou ato ineficaz? Essa abordagem foi objeto de debate no julgamento da ADIn n. 75, julgada em

1.4.1992, quando o Supremo Tribunal Federal discutiu a questão da incompatibilidade de lei pré-constitucional com a Constituição superveniente na seara da teoria do negócio jurídico. Contudo, não chegou a descrição nítida dos planos de manifestação da lei pré-constitucional.

Justamente no esforço de definição do plano de manifestação da lei pré-constitucional não novada que determinou o surgimento de inúmeras teses. Teses essas que norteiam e delineiam o controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais nos diversos países, e no Brasil não é diferente. A doutrina se subdivide essencialmente em cinco correntes que identificam a incompatibilidade como: a) inconstitucionalidade superveniente, que afeta a validade da lei (CANOTILHO, 2003, p. 1013); b) revogação por sucessão intertemporal, que retira a vigência da lei (LEAL, 1947, p. 390); c) revogação decorrente de inconstitucionalidade (BITTENCOURT, 1949, p. 131); d) inexistência da lei (TAVARES, 2006, p. 170); e) afirmação substancial segundo a opção político-constitucional (ZAGREBELSKY, 1988, p. 142).

Há muito a jurisprudência constitucional brasileira acolhe a tese da revogação para excluir o direito pré-constitucional do objeto de controle concreto de constitucionalidade. Sob a égide da Constituição de 1937, Castro Nunes (1943, p. 600) já anunciará a impossibilidade da declaração da inconstitucionalidade de leis não novadas. Na vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal manteve-se na linha de não tratar o conflito entre lei pré-constitucional e a Constituição como arguição de inconstitucionalidade, mas como problema de derrogação (RE n. 19.887, n. 19.656, n. 20.325, todos julgados em 19.6.1952; RE n. 17.961, julgado em 22.7.1952). Tal premissa norteou a fixação dos mecanismos de controle do referido conflito. Assim, na vigência da Constituição de 1967/1969, o Supremo Tribunal Federal não alterou seu entendimento, pelo contrá-

rio, recrudesceu-o para não mais conhecer do processo constitucional objetivo se o objeto fosse a incompatibilidade de lei pré-constitucional com a Constituição vigente, tal como confirmado na Rp n. 1016-SP, julgada em 20.9.1979, e, no mesmo sentido, a Rp n. 765-CE, julgada em 24.4.1980, a Rp n. 1303/DF, em 1.7.1986, a Rp n. 1334-PR, em 6.5.1987, e o RE n. 91.604, em 9.12.1981.

Nesse período de vigência da Constituição de 1988, consolidou-se a prevalência do critério cronológico na solução do conflito internormativo entre lei pré-constitucional e a Constituição. No julgamento da ADIn 2, em 6.2.1992, dirigida contra artigos do Decreto-lei n. 532 de 16.4.1969 e artigos do Decreto federal n. 95.921 de 14.4.1988, a questão da novação foi amplamente debatida, tendo prevalecido o entendimento do Ministro Paulo Brossard, acompanhado de oito votos, que mantinha a linha tradicional da jurisprudência da Suprema Corte, de que a desconformidade arguida entre a nova Constituição e atos normativos pré-constitucionais seria redutível à revogação destes, para declaração da qual não seria idônea a ação direta.

Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, o Poder Legislativo introduziu o controle do vício de não-novação no universo de objeto próprio do controle abstrato-concentrado com o advento da Lei n. 9.882/99. Essa lei inclui, entre as hipóteses de cabimento da ADPF, os casos em que for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição (artigo 1º, parágrafo único, inciso I).

Apesar do avanço promovido pela Lei n. 9.882/99 no campo do controle de novação, o Supremo Tribunal Federal ainda se mantém firme em sua opção político-constitucional de renegar o controle concentrado de novação com a amplitude que se deve, sob o argumento de que o conflito entre lei pré-constitucional e a Constituição superveniente encerra um problema de

revogação e não de arguição de constitucionalidade, razão por que não poderia ser tratado em sede de controle abstrato, mas apenas em controle difuso, não obstante a lei pré-constitucional incompatível provocar substancialmente clara violação ao pressuposto da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico e, com isso, ofender a supremacia constitucional.

4. STF e seu absentismo ao exercício de aferição abstrata da legitimidade constitucional das leis pré-constitucionais

O atual modelo de aferição da legitimidade constitucional das leis anteriores à Constituição de 1988, há muito praticado no Brasil, é marcado por exagerado absentismo da jurisdição constitucional na verificação e solução das incompatibilidades das normas precedentes com a ordem constitucional vigente, e, por isso, não ajustado à tendência contemporânea de dar à fiscalização abstrata extensão e eficácia suficiente para abratar o direito preexistente, como há muito ocorre em países da Europa, como Itália (GUASTINI, 2005, p. 60), Portugal (art. 282 da Constituição de 1976), Espanha (ENTERRÍA, 1985, p. 87), entre outros, Alemanha (MARTINS, 2005, p. 45).

Alguns números demonstram a acanhada prática do controle abstrato de constitucionalidade no esforço da imprescindível filtragem hermenêutico-constitucional das leis e atos normativos anteriores à Constituição de 1988. Até 26.5.2008, o banco de dados do STF acusou o ajuizamento de 142 ADPFs, sendo que apenas 25 delas destinam-se a questionar a compatibilidade constitucional de leis anteriores à Constituição. A ADPF n. 10 foi a primeira a impugnar atos normativos pré-constitucionais (artigos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de 27.2.1980), ajuizada em 5.12.2000, ou seja, mais de uma década depois da promulgação da Constituição vigente. Em 8.7.2002, foi distribuída a ADPF

n. 33 impugnando o Decreto do Estado do Pará n. 4.307/86. Essa ação representa, no período de 5.10.1988 até o momento, a única em controle concentrado de constitucionalidade em que há decisão de mérito sobre a legitimidade constitucional de um ato normativo pré-constitucional. Das 20 ações declaratórias de constitucionalidade já ajuizadas, apenas as de n. 2 e n. 6 objetivaram nuclearmente dirimir controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade de lei pré-constitucional. Ambas foram extintas por ilegitimidade ativa, sem que o STF se manifestasse quanto à possibilidade jurídica de confirmação da constitucionalidade de leis pré-constitucionais por meio desse instrumento. Por fim, desde a ADIn n. 2, ajuizada em 4.6.1997, o STF se mantém fiel ao remoto entendimento de declarar sua incompetência para conhecer e julgar em sede de processo constitucional objetivo as incompatibilidades de lei pré-constitucional com a Constituição superveniente, por entender que a ação direta destina-se tão-somente à aferição de constitucionalidade de normas pós-constitucionais.

Esses dados indicam que, mesmo depois do advento da Lei n. 9.882/99, por meio da qual, pela primeira vez, o Legislador prescreveu as leis pré-constitucionais como objeto próprio do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade (artigo 1º, parágrafo único, inciso I); a prática da fiscalização abstrata das leis pré-constitucionais é exageradamente minguada no Brasil.

Reforça essa evidência o fato de o ajuizamento da ADPF n. 130 ocorrer somente em 19.2.2008, insurgindo-se contra a eficácia da Lei n. 5.250, de 9.2.1967 – a Lei de Imprensa. A emergência da Constituição de 1988 determinou o rompimento político-jurídico da sociedade brasileira com um passado de opressão militar para inaugurar uma nova ordem comprometida com ideais democráticos e sociais, e que com ela toda a malha legislativa precedente deve compatibilizar-se materialmente. Para tanto o Poder Judiciário – em especial o STF – as-

sume relevante papel na uniformização da solução dos problemas provocados por leis pré-constitucionais incompatíveis com os princípios e regras constitucionais vigentes. Leis que ainda geram efeitos concretos no seio da coletividade, como a Lei n. 5.250/67 que é remanescente dos idos da ditadura militar.

Com mais de 20 anos de vigência da Constituição Federal, ainda, e não raramente, há severos debates promovidos em processos intersubjetivos nos tribunais estaduais envolvendo questões relativas à novação ou não de um sem-número de atos normativos pré-constitucionais que, ao final, alcançam o Supremo Tribunal Federal, passando por todas as instâncias, depois de anos de debate. É o caso, por exemplo, dos embates travados a respeito da não-novação de artigos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9.2.1967) ou até mesmo de sua integralidade, tais como os artigos 51 e 52, que trazem previsão de limite de cálculo da verba indenizatória por danos morais decorrentes de responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação, por incompatibilidade com o alcance das regras estatuídas no artigo 5º, incisos V e X, da CF/88 (RE n. 447.584-7/RJ, julgado em 28.11.2006; n. 396.386/SP, julgado em 29.6.2004; n. 348.827/RJ e n. 420.784/SP, julgados em 1.6.2004; com datas ainda mais remotas, RE n. 72.415/RJ, em 14.4.1998; n. 39.886, em 3.11.1997; n. 52.842/RJ, em 16.9.1997). Por isso, antes tarde do que nunca houve o ajuizamento da ADPF n. 130, visando justamente à não-recepção, ou melhor, a não-novação da totalidade da Lei de Imprensa, a propósito recentemente julgada procedente por maioria de votos.

A seu turno, até hoje inúmeros processos intersubjetivos, que desaguam no Supremo Tribunal Federal, veiculam debates acerca da novação ou não dos parágrafos do artigo 15 do Decreto-lei n. 3.365/41, que traduz a exigência ou não, em processos de desapropriação, de depósito integral da avaliação prévia para imissão na posse *initio litis*,

tendo como norma paradigma de novação o artigo 5º, inciso XXIV, da CF/88 (RE n. 245.914-3/SP, julgado em 29.6.1999; n. 185.303/SP, em 16.12.1997; n. 176.108/SP, em 12.6.1997; n. 116.409-3, em 21.6.1988). Quando obrigadas essas questões a serem tratadas exclusivamente pela via do controle difuso, acabam por demarcar, como aponta Paulo Bonavides (2003, p. 313), por ser fato ínsito desse tipo de controle, “período de incerteza, permeado de suspeitas ou desconfianças acerca da legitimidade constitucional de uma lei”, vale dizer, das leis pré-constitucionais – esse período é tão significativo quanto o é em relação às leis pós-constitucionais.

É certo que esse período de incerteza e insegurança pode ser minimizado, em certa medida, pelo instituto da Súmula Vinculante. A propósito, já há súmulas vinculantes aprovadas envolvendo direito pré-constitucional como a oitava e a nona. Mas, de certo há o processo objetivo, dotado de eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, como meio mais eficaz para, no propósito de cessar a aplicação de lei pré-constitucional incompatível com a Constituição, evitar “o surgimento de milhões de processos cujo desfecho é projetado no tempo, com sobrecarga da máquina judiciária e enorme instabilidade das relações jurídicas”, tal como pondera Marco Aurélio Mello, na ADPF n. 46.

A persistência da eficácia de leis pré-constitucionais incompatíveis com a Constituição representa risco à supremacia constitucional, na mesma intensidade, quiçá mais gravoso, do aferido diante da afronta de lei pós-constitucional à Constituição vigente. Não se pode perder de vista que uma lei pré-constitucional “inconstitucional” representa insegurança jurídica e retardo da implementação da ordem constitucional emergente com a Constituição de 1988. A implementação não é, bem alerta Sepúlveda Pertence, “um fato instantâneo, mas um processo” (RE n. 135.328, j. 29.6.1984), contínuo e gradual. A verificação e a solução de

todas as incompatibilidades não se reduzem a um ato fugaz; demandam perene esforço de filtragem hermenêutico-constitucional.

A substituição de um sistema jurídico-constitucional por outro com a continuidade da lei pretérita com ele compatível gera inevitavelmente lapso de indeterminação do sistema normativo que pode levar muito tempo para o Poder Judiciário eliminar, e, com isso, acarretar o retardo indesejável de implementação substancial da ordem jurídico-constitucional inaugurada com a Constituição promulgada.

Decorria de um fator cultural brasileiro o acanhamento no uso do processo constitucional objetivo para solucionar de forma mais rápida e eficiente incompatibilidades constitucionais provocadas por leis anteriores à Constituição de 1988? Se inexistente a esperada agilidade do Poder Legislativo no processo de substituição das leis precedentes, canalizadoras de substratos ideológicos peculiares de regimes jurídicos já suplantados, tal como o de cunho militar ditatorial no bojo do qual emergiu a Lei de Imprensa, por que relegar o processo objetivo na verificação e solução de tais incompatibilidades, para pôr em plano primário o sistema difuso?

5. Direito pré-constitucional: pauta irrecusável do processo constitucional objetivo

No sistema jurídico brasileiro atual, “todos os órgãos jurisdicionais integram a denominada justiça constitucional, já que se instituiu o controle difuso conjuntamente com o concentrado” (TAVARES, 1998, p. 129). Mas tradicionalmente o direito pré-constitucional nunca gozou, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição de 1988, de tratamento em dimensões compatíveis com as aspirações democráticas, provocando críticas como a de Lenio Luiz Streck (2004, p. 188) de que o Brasil está longe da postura substancialista, que “parte da premissa de

que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista”, justamente pela “falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição”.

São comuns afirmações como a de que, até a edição da Lei da ADPF, “havia um vazio, uma lacuna em relação ao controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos anteriores à Constituição Federal” (MARAGNO, 2007, p. 156), e que agora a “arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado do STF” (MENDES, 2007, p. 56). São inferências lógicas decorrentes da opção político-jurídica do Supremo Tribunal Federal de excluir tradicionalmente as leis pré-constitucionais do controle concentrado de constitucionalidade.

De fato, a referida Lei da Arguição inovou ao trazer dispositivo sobre o controle concentrado do direito pré-constitucional. Não obstante, há que *compartilhar com os que defendem a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de aferição da legitimidade constitucional do direito pré-constitucional, tendente a estender o objeto do controle abstrato de normas para incluir com maior intensidade o direito pré-constitucional. Cremos ser possível valer-se de outros instrumentos processuais vigentes na Justiça constitucional brasileira que vão além dos estreitos limites admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a ação direta de constitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.*

Todo argumento de ampliação do controle abstrato não raramente é recebido com a preocupação de que o reflexo direto de tal ampliação será o agravamento da “crise do Supremo”, porquanto acarretará o alargamento de competência e, com isso, o aumento ainda maior de processos a serem apreciados e julgados (PALU, 2001, p. 224).

Inegavelmente o problema da excessiva carga de atividade do Supremo Tribunal Federal não pode ser analisado, tal como

assinala Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 81), como “uma crise meramente numérica ou quantitativa, devendo-se, ao contrário, ter presente que a ‘quantidade afeta a qualidade’”. De fato a ampliação do controle abstrato de constitucionalidade certamente provocará o aumento de processos objetivos; contudo, tal evidência não implica necessariamente agravamento do excesso de demanda processual. A composição dual do controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional certamente trará como resultado não o agravamento – mas sim o abrandamento – do remoto problema de congestionamento processual no Supremo Tribunal Federal.

Por ocasião do julgamento do RE n. 135.328, em 29.6.1984, em que se discutia a não-novação do artigo 68 do Código de Processo Penal, Sepúlveda Pertence afirmou que:

“[...] a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”.

De fato, a implementação de uma ordem jurídica demanda processo contínuo e gradual. É certo que, uma vez promulgada, a Constituição tem incidência imediata para determinar a não-novação das leis pré-constitucionais materialmente incompatíveis. Isso para viabilizar a implementação efetiva da nova ordem constitucional, que seria obstada se prevalecente a eficácia de leis pré-constitucionais em desarmonia com as novas normas constitucionais. Contudo, a verificação e a solução das incompatibilidades não se reduzem a um ato instantâneo; demanda perene esforço de filtragem hermenêutico-constitucional. O equacionamento das configurações sintáticas resultantes da relação entre lei pré-constitucional e a Constituição super-

veniente pressupõe complicada operação semântica para solução pragmaticamente condicionada. Essa operação também se verifica no problema de inconstitucionalidade, por quanto “as normas constitucionais e legais expressam-se através de uma linguagem com complexa implicação referencial (denotativa) e rico conteúdo significativo (conotativo), qualificada pela plurivocidade ou heteronímia significativa” (NEVES, 1988, p. 135).

A lei pré-constitucional é considerada novada ou não conforme a construção semântica da norma que compõe o seu texto em confronto com o sentido do texto-da-norma constitucional. Ambos os textos caracterizam-se pela plurivocidade semântica. Esta se acentua ainda mais em se tratando de normas constitucionais, cujo grau de generalidade é maior, especialmente em relação às normas principiológicas (ALEXY, 2008, p. 87), e por isso conta com uma amplitude semântica. “A linguagem constitucional não tem significados únicos” (BASTOS, 2002b, p. 102). Por essa razão, referindo-se diretamente à constitucionalidade/inconstitucionalidade, Marcelo Neves (1988, p. 138) pondera que:

“[...] as imprecisões semânticas (vagueza e ambigüidade) dos termos e expressões constitucionais e legais sempre possibilitam qualificar-se um texto legal, ou mesmo uma das normas já extraídas deste texto, como constitucional ou inconstitucional, dependendo do resultado da operação semântica realizada”.

A formulação semântica também é determinante na solução da novação ou não de uma lei pré-constitucional. O desacordo significativo do âmbito da norma pré-constitucional com as dimensões normativas, valorativas e empíricas determinantes na construção do âmbito das normas constitucionais resulta na não-integração da norma à nova ordem jurídica. Contudo, esse equacionamento semântico se estabelece entre enunciados normativos,

especialmente os constitucionais, dotados de âmbito normativo com maior extensão denotativa e, com isso, menor densidade significativa, o que pode dar margem a resultados pragmaticamente díspares. Marcelo Neves (1988, p. 142) atribui essa disparidade a uma questão de “dissenso teleológico ou ideológico da pluralidade dos agentes oficiais (órgãos do Estado) de produção-interpretação-aplicação jurídica”, que provoca um problema:

“[...] em face da vaguezza e ambigüidade de características dos termos constitucionais, o sentido normativo atribuído aos dispositivos constitucionais variará sensivelmente na razão direta das divergências ideológicas dos agentes de interpretação-aplicação. Além do mais, a variação espacial-temporal do contexto fático-político leva um mesmo intérprete-aplicador a reavaliar e alterar as suas posições em torno do sentido dos textos normativo-constitucionais. E a atuação destes dois fatores pragmáticos (dissenso teleológico ou ideológico e contexto fático-político) não é essencialmente diversa em relação aos diplomas legais”. (NEVES, 1988, p. 142)

Isso explica o fato de que, conforme o grau de variação do sentido que os agentes de interpretação-aplicação jurídica atribuem às normas constitucionais e infraconstitucionais, estas podem ser consideradas inconstitucionais por agentes de interpretação-aplicação e para outros constitucionais. O mesmo se procede em relação às normas pré-constitucionais; estas podem ser consideradas novadas por certos setores e por outros não. Com isso, naturalmente há excessivo aumento de demandas nos inúmeros tribunais pátrios, que podem culminar em recursos extraordinários que desaguam no Supremo Tribunal Federal trazendo controvérsias sociais decorrentes da incerteza acerca da novação ou não de uma norma pré-constitucional, e assim contribuindo com o aumento das estatís-

ticas de processos julgados na alta Corte e acentuando o sentimento de insegurança jurídica e de ineficácia da força normativa da Constituição. Um conflito social de interesse determinado pela incerteza da novação de uma lei pré-constitucional implica a indefinição e procrastinação da implementação da ordem constitucional; e, por conseguinte, culmina, na correta acepção de Eduardo García de Enterría (1985, p. 92), numa debilidade pragmática, na qual

“[...] se consagra una grave inseguridad jurídica si se deja a una multiplicidad de centros de decisión, la que compone la totalidad de jueces y Tribunales ordinarios, resolver el problema del alcance que la promulgación de la Constitución supone efectivamente sobre todo el ordenamiento precedente.”

Essa evidência conduz Eduardo García de Enterría (1985, p. 87) a concluir que, em consonância com a doutrina italiana:

“[...] atribuir al Tribunal Constitucional el monopolio del problema prometía una valoración más apurada de la constitucionalidad de los textos legales pré-constitucionales que lo que cabría esperar del enjuiciamiento disperso por todos los órganos de la jurisdicción ordinaria como una cuestión de simple derogación. El criterio de la *lex superior*, administrado por una jurisdicción especializada, parece que puede rendir mejores frutos, con seguridad, que el de la *lex posterior* aplicado por todos los Tribunales, dado además el principio de conservación de las normas en el tiempo y su correlativa no derogación de no producirse con la nueva una incompatibilidad manifiesta.”

De fato, minimiza-se o grau de insegurança jurídica e o retardamento da implementação da ordem constitucional quando se adota formulação híbrida em que se conjugam, além do modelo difuso, principalmente o concentrado de controle de compatibilidade das leis infraconstitucionais

pré-constitucionais com a Constituição. Este propicia a adoção de um órgão com a função de estruturar o sistema jurídico-constitucional e assim preservar e realizar a Constituição, com a verificação e a solução da incompatibilidade internormativa, por meio de processo objetivo. Por conseguinte, propicia-se, com maior agilidade na uniformidade do entendimento em caráter geral e vinculante de rechaço da eficácia de leis pré-constitucionais, a realização da implementação mais isonômica da nova ordem constitucional.

Atualmente é tendência do constitucionalismo brasileiro enfatizar o modelo concentrado, justamente por ser eficaz instrumento de submissão célere ao Supremo Tribunal Federal de sérias controvérsias constitucionais (MENDES, 2004, p. 241). Se tal tendência é perceptível em relação às leis pós-constitucionais, nada justifica seja diferente em relação às leis pré-constitucionais, em busca da “solução pronta de controvérsias que, de outro modo, somente com o passar dos anos e esgotadas todas as instâncias e recursos, após inevitável período de dissídios entre juízes e tribunais, alcançariam solução pacificada” (CLÈVE, 2000, p. 221). Tal como sucede no âmbito da inconstitucionalidade estrita, no campo da não-novação também residem importantes controvérsias constitucionais, com a característica de que emergem principalmente quando da promulgação de uma nova Constituição, mas que perduram por lapso de tempo menos extensivo se desafiadas por um mecanismo objetivo de aferição da legitimidade constitucional.

A adoção de um órgão único ou supremo com a função de verificar e solucionar abstratamente a questão da incompatibilidade internormativa, por meio de processo objetivo, propicia a maior agilidade na uniformidade do entendimento em caráter geral e vinculante em torno do direito pré-constitucional. Portanto, é sem dúvida o mecanismo de aferição da legitimidade constitucional nitidamente mais vantajoso para o sistema constitucional brasileiro em relação ao

direito pré-constitucional, e certamente redundará, ao final, a redução de recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal. Portanto, o valor ótimo da garantia da Constituição não se alcança com a escolha de um ou outro meio de defesa para a correção de incompatibilidade entre lei pré-constitucional e a Constituição, mas na congregação racional de ambas as vias, a difusa e a concentrada de constitucionalidade. Assim sendo, a sociedade brasileira poderá contar com mecanismo eficiente e isonômico de aferição da legitimidade constitucional do direito pré-constitucional.

O processo constitucional objetivo constitui, sem dúvida, mecanismo de aferição da legitimidade constitucional nitidamente vantajoso para o sistema jurídico brasileiro em relação ao direito pré-constitucional, e certamente atua para evitar, como destacou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADPF n. 46, “o surgimento de milhões de processos cujo desfecho é projetado no tempo, com sobrecarga da máquina judiciária e enorme instabilidade das relações jurídicas”.

Com efeito, a concretização dos ideais democráticos não prescinde da congregação racional das vias difusa e concentrada de constitucionalidade no processo de correção das incompatibilidades de leis pré-constitucionais com a Constituição de 1988 que ainda retardam a concretização do Estado Democrático de Direito.

Que a ADPF n. 130 aqueça o exercício mais intenso do processo constitucional objetivo como mecanismo eficiente e isonômico de aferição da legitimidade constitucional do direito pré-constitucional no caminho de concretização das pretensões democráticas do povo brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

- Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Editora Universidade de Brasília, 1997.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, p. 7-21, abr./jun. 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 1985.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Aspectos da chamada recepção prática do direito romano na Alemanha. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 45, p. 25-47, jul.-ago. 1987.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 7, jan./mar. 1947.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARAGNO, Paula Ribeiro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: contribuições para o aperfeiçoamento do instituto*. 2007. 283 f. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORTATI, Costantini. *Abrogazione legislativa e instaurazione di nuovo ordin. Costituzionale: scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Miscellanea di diritto pubblico e privato. Padova: CEDAM, 1958.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.