

INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE¹

SUPERVENING UNCONSTITUTIONALITY

RODRIGO RABELO LOBREGAT

RESUMO

O Direito brasileiro entende pela inexistência da inconstitucionalidade superveniente. Adota-se pelos tribunais pátrios a teoria da recepção, tal qual na Alemanha, que afirma que todas as normas anteriores a Constituição Federal incorporam-se ao novo ordenamento jurídico ou não (a depender da incompatibilidade delas com a novel Constituição) em face de uma análise normativo-temporal. Ou seja, desde a ADI 3, é o brocardo "lex posterior derogat lex anteriori" que determina que as leis pré-constitucionais contrárias à Constituição sejam derogadas.

Pretende o presente trabalho estudar as inconsistências teóricas advindas de tal entendimento, tentando perceber quais as consequências práticas da adoção da teoria da recepção, especialmente no que concerne a atual prática da modulação de efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: inconstitucionalidade; controle de constitucionalidade; poder constituinte.

ABSTRACT

The Brazilian law doesn't accept the concept of Supervening Unconstitutionality. Actually, the Courts in Brazil adopt the theory of reception, just like in Germany. It is adopted by the courts patriotic reception theory. This theory states that all the rules that are prior to the new Constitution incorporate (or not) the new legal system depending of the result of a temporal analysis. In other words, since the decision of the ADI 3 by the Federal Supreme Court, it's decided that "lex posterior derogat lex anteriori" determinates if a rule had been waved or not after the promulgation of a new Constitution.

The present work aims to study the theoretical inconsistencies resulting from this hermeneutical choice, by trying to understand all the practical consequences of adopting the theory of reception, especially the ones that concern to the decisions with modulation effects.

KEYWORDS: unconstitutionality; control of constitutionality; constituent power.

RESUMO EXPANDIDO

Se é verdade que o Direito Constitucional brasileiro tende a não aceitar a Inconstitucionalidade Superveniente, tomando por base o fato de que o ato normativo que contrarie parâmetro constitucional posterior a ele não foi em nenhum momento inconstitucional conquanto não tenha sido recepcionado; também é verdade que a aferição de tal recepção traz uma série de problemas práticos, que podem afetar aspectos tão caros ao

¹ Adotar-se-á, neste trabalho, muito excepcionalmente o termo "recepção". Isso pois, na visão do autor, a teoria que propugna pela mera não recepção de norma incompatível com a constituição (impossibilitando, portanto, a declaração de inconstitucionalidade) parece ultrapassada. A discussão decorrente disso é o tema do presente trabalho.

Direito Constitucional como a Supremacia da Constituição. A necessidade de se debruçar sobre o tema se demonstra ainda mais latente quando observamos uma Constituição que, em pouco menos de 24 (vinte e quatro) anos, teve nada menos do que 70 emendas (importa salientar que a informação apresentada data de 18 de junho de 2012), uma vez que a possibilidade (ou não) de inconstitucionalidade superveniente se dá não apenas em face de nova ordem constitucional, mas também a partir da mudança de parâmetro decorrente de reforma à Constituição². Tendo em vista tal problemática, cuja importância ultrapassa a fronteira do mero academicismo, o objetivo do presente trabalho é analisar como se dá a análise pela (in)aplicabilidade de normas promulgadas em momento anterior à Constituição Vigente, tanto no que se refere ao Controle Difuso quanto ao Controle Concentrado, buscando-se concluir se ainda faz sentido, em face do Direito Constitucional Positivo, se falar em mera não recepção.

A fim de se iniciar o debate, devemos ter em mente de que para que o Direito exista enquanto tal, deve haver a expectativa social de que as normas dele emanadas sejam cumpridas. Ou seja, é inegável que a segurança jurídica é um valor incessantemente buscado pela sociedade e, em decorrência disso, nada mais natural que se pressuponha uma norma emanada de órgão legislativo (ao menos aparentemente) competente como sendo constitucional, devendo os indivíduos prestarem-lhe obediência e, por conseguinte, garantirem-lhe efetividade. Aliás, é alicerçado na Segurança Jurídica e na necessidade de garantia da credibilidade do Direito o fato de que toda norma se pressupõe (ainda que de maneira relativa) conforme à Constituição

Fica claro, portanto, que uma norma – ainda que posteriormente declarada como inconstitucional – tende à produzir efeitos e consequências, enquanto tenha sido pressuposta originalmente a obrigatoriedade de seu cumprimento. É evidente que os problemas disso decorrentes são inerentes a toda forma de Controle de Constitucionalidade: onde houver afastamento de atos normativos em decorrência de inconformidade com a Constituição, haverá problemas quanto aos efeitos jurídicos gerados pelo ato afastado; mas se isso não é exclusividade dos casos de inconstitucionalidade superveniente, é nestas circunstâncias que a insegurança jurídica se mostra mais patente: a norma supervenientemente inconstitucional foi, no passado, perfeitamente válida e de observância obrigatória; de tal sorte que a mudança de parâmetro constitucional gerou a exclusão imediata de uma norma já interpretada no passado como legítima e perfeitamente aceita pela sociedade.

Deve-se frisar, porém, que não há alternativa à declaração de inconstitucionalidade de norma que seja desconforme à novo parâmetro constitucional: afinal, é inconcebível imaginar que a supremacia constitucional não valha em face de normas criadas em momento anterior à vigência da Lei Maior. Em função disso, aliás, criou-se na doutrina a teoria da recepção das normas. Simplificadamente, entendeu-se que uma vez que a Constituição inaugura ordem jurídica nova, acaba ela por derrogar todo o ordenamento jurídico anteriormente existente, recepcionando (e emprestando nova validade) para aquele pedaço do ordenamento que estiver em conformidade com o novo sistema proposto. A questão é que a teoria apresentada não resolve o problema da insegurança jurídica, uma vez que as normas não se declaram

² Ou seja: uma norma que seja compatível com a Constituição Originária mas contrária à reforma constitucional também sofrerá de inconstitucionalidade superveniente.

recepcionadas ou não sozinhas, subsistindo a necessidade de análise do ato normativo em questão pelo Poder Judiciário (os métodos de análise de normas anteriores à Constituição Federal de 1988 foram melhor analisados no artigo completo, de tal sorte que permenorizadamente se estudou tanto sobre a análise pelo juiz ordinário em relação à aplicação ou não de lei anterior à CF/88, quanto da possibilidade de utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para, abstratamente, o Supremo Tribunal Federal analisar a compatibilidade de tais normas frente ao parâmetro Constitucional). Cabe-nos, contudo, indagar se tal teoria, contrária a inconstitucionalidade superveniente, continua sendo a que melhor define a forma de afastamento das normas pré-constitucionais contrárias ao disposto na Carta Magna, em especial em face do sistema de Controle de Constitucionalidade implementado em 1988 e melhor delineado a partir de 1999 (leis 9868/99 e 9882/99). Tal indagação, aliás, fundamenta-se primordialmente na necessidade e na possibilidade de modulação dos efeitos de decisão que afasta lei pré-constitucional: ora, se a lei 9882/99 (lei da ADPF) permite, por meio de seu artigo 11, a modulação dos efeitos das decisões em que uma norma pré-constitucional é contrária a preceitos fundamentais, torna-se incompatível com o sistema jurídico-constitucional atual a teoria da recepção³. Desdobra-se então, no trabalho, tal conclusão: partindo da premissa que uma norma não recepcionada foi revogada no momento em que se promulgou a norma constitucional paradigma que a contrarie; a norma pré-constitucional em questão é absolutamente inexistente enquanto tal (questão de direito intertemporal). Ora, como entender possível a produção de efeitos (por vezes obrigatórios) por uma norma inexistente, reconhecidos a partir de uma decisão modular advinda do STF? O caráter inconcebível de tal visão, aliado à necessidade de modulação de efeitos em muitos dos casos de incompatibilidade da Constituição com norma pré-constitucional (necessidade, como visto, até mesmo maior nestes casos do que em situações de inconstitucionalidade originária) e à inexistência na atual Lei Maior brasileira de qualquer norma que denote a adoção, pelo constituinte, da teoria da recepção⁴ faz com que seja necessário repensar se esta ainda é adequada em face das atuais necessidades à serem respondidas pelo Direito Constitucional contemporâneo. Se é verdade que o enfrentamento de tal questão (com mudança de entendimento da mesma) trará consigo uma série de mudanças práticas, tais consequências não nos eximem de fazê-lo, sob pena de jamais se garantir a Supremacia da Constituição de maneira plena e efetiva.

³ Ressalte-se que o STF não é unânime em aceitar a modulação de efeitos para os casos de normas pré-constitucionais, exatamente pela incompatibilidade de tal mitigação com a teoria da recepção. Ora, não nos parece correto que o Pretório Excelso crie exceções à aplicação do artigo onde o legislador não o fez, sem que o mesmo seja declarado inconstitucional (frise-se, à favor da modulação, corrente capitaneada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes). Parece-nos, pelo contrário, mais aceitável a mudança do posicionamento da Corte, aceitando que o atual modelo Constitucional existente no Brasil adota, tal qual Portugal e Itália, a teoria da Constitucionalidade Superveniente.

⁴ Ao contrário do que aconteceu, por exemplo, nas Constituições de 1937 e 1946.