



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

YTALO FERNANDES DE ALBUQUERQUE

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO
CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL: A possibilidade de decretação
de inconstitucionalidade de lei anterior à CFRB/88 em sede de controle
difuso**

SANTA RITA/PB

2018

YTALO FERNANDES DE ALBUQUERQUE

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL
INTERTEMPORAL:** A possibilidade de decretação de inconstitucionalidade de lei
anterior à CFRB/88 em sede de Controle Difuso

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de Santa Rita, do Centro de
Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência
parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Ulisses da Silveira
Job.

SANTA RITA, PB

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A345c Albuquerque, Ytalo Fernandes de.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO
CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL: A possibilidade de
decretação de inconstitucionalidade de lei anterior à
CFRB/88 em sede de controle difuso / Ytalo Fernandes de
Albuquerque. - João Pessoa, 2018.

46 f.

Orientação: Ulisses da Silveira Job.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Direito
Constitucional Intertemporal. 3. Direito
Constitucional. 4. Não Recepção. I. Job, Ulisses da
Silveira. II. Título.

UFPB/CCJ

Y TALO FERANDES DE ALBUQUERQUE

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL: A possibilidade de decretação de inconstitucionalidade de lei anterior à CFRB/88 em sede de Controle Difuso.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Data de Aprovação: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ulisses da Silveira Job – UFPB
(Orientador)

(Examinadora)

(Examinadora)

SANTA RITA/PB

2018

*Dedico a Deus e à minha
amada família.*

AGRADECIMENTO

Ao final de toda caminhada, é essencial olhar para o caminho percorrido e agradecer a todos aqueles que contribuíram, ainda que de maneira breve, para o sucesso dessa empreitada.

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado todos os meios necessários para chegar até aqui. À minha família (Pai, Mãe e irmãos) por toda a dedicação e paciência, contribuindo diretamente para que eu pudesse ter um caminho mais sereno e prazeroso durante esses anos. À minha esposa, Lara, e a minha filha, Antonella, por todo o apoio nessa reta final e por serem, em conjunto, o meu maior combustível para alcançar meus objetivos.

Agradeço, ainda, a todos os Professores e colegas de classe, que sempre estiveram dispostos a ajudar e a contribuir para o melhor aprendizado. Vocês foram essenciais e estarão, para todo o sempre, marcados em minhas lembranças.

Por fim, utilizo esse espaço para agradecer aos meus queridos avós já falecidos, Antônio, Ana e Paulo, que foram fundamentais na minha criação e que infelizmente não estão aqui presentes para comemorar essa vitória.

A todos, o meu muito obrigado!

RESUMO

O tema de pesquisa desse estudo perpassa pela possibilidade de decretação de inconstitucionalidade de uma lei anterior à Constituição de 1988 em sede de Controle Difuso. O objetivo geral é analisar, à luz do Direito Constitucional Brasileiro, o conceito de constituição, as formas de realização de controle de constitucionalidade no Brasil, a relação do direito pré-constitucional com o advento de uma nova constituição, incluindo os fenômenos da recepção e não recepção, e quais normas podem ser objeto de controle no sistema difuso e no sistema abstrato. É sabido que a Constituição Federal se assenta no topo da pirâmide normativa, sendo fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Assim sendo, é evidente que todas as demais leis ou atos normativos devem estar de acordo, material e formalmente, com a carta magna. O problema surge quando se está diante de uma nova constituição e há, no ordenamento jurídico pré-existente, diversas leis e atos normativos em vigor. A solução é encontrada pelo Direito Constitucional Intertemporal, que buscará, através de um julgamento de compatibilidade material, selecionar as normas que continuarão produzindo efeitos. Ao mesmo tempo, surge o questionamento acerca da possibilidade de realização de controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais. O presente trabalho visa apontar e delimitar as hipóteses de controle das normas anteriores a Constituição Federal de 1988, trazendo visões doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais para a solução da temática.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Direito Constitucional Intertemporal. Controle Difuso. Direito Constitucional. Não recepção. Recepção.

ABSTRACT

The research theme of this study runs through the possibility of decree of unconstitutionality of a law prior to the 1988 Constitution in Diffuse Control. The general objective is to analyze, in the light of Brazilian Constitutional Law, the concept of constitution, the forms of realization of constitutionality control in Brazil, the relation of pre-constitutional law to the advent of a new constitution, including the phenomena of reception and not reception, and which standards can be subject to control in the fuzzy system and in the abstract system. It is known that the Federal Constitution sits at the top of the normative pyramid, being the validity basis of the entire legal system. Thus, it is clear that all other laws or normative acts must be in agreement, materially and formally, with the letter. The problem arises when one is faced with a new constitution and there are, in the pre-existing legal order, several laws and normative acts in force. The solution is found by Intertemporal Constitutional Law, which will seek, through a judgment of material compatibility, to select the norms that will continue to produce effects. At the same time, the question arises about the possibility of realizing control of constitutionality of pre-constitutional norms. The present work aims to indicate and delimit the hypotheses of control of the norms previous to the Federal Constitution of 1988, bringing doctrinal visions and jurisprudential understandings for the solution of the thematic.

Keywords: Constitutional Law. Direct Action of Unconstitutionality. Diffuse Control. No reception. Reception.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CFRB	Constituição Federal da República do Brasil
CCJ	Comissões de Constituição e Justiça
PL	Projeto de Lei
STF	Superior Tribunal Federal
TCC	Trabalho de Conclusão de Curso

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL	12
2.1 DA CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES	12
2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo	17
2.2.1 Da Constituição de 1988 à reforma do Controle de Constitucionalidade..	19
2.3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	20
2.3.1 Controle Abstrato/Concentrado: legitimidade, ações de controle e efeitos de decisão	21
2.3.2 Controle Difuso: origem, legitimidade e competência e efeitos de decisão	24
3 DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL	27
3.1 ENTRADA EM VIGOR DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO	28
3.2 DIREITO ORDINÁRIO PRÉ-CONSTITUCIONAL	30
3.2.1 Compatibilidade e Incompatibilidade	32
3.2.2 Inconstitucionalidade Superveniente	34
3.2.3 Recepção e não recepção	37
4 DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ANTERIOR À CFRB (1988) EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O universo das Ciências Jurídicas aglutina aspectos relativos à matéria do Direito Constitucional, inclusive no que diz respeito ao Controle de Constitucionalidade e ao Direito Intertemporal, principalmente no tocante às Normas Constitucionais.

Em regra, o Controle de Constitucionalidade se configura como o instituto que busca analisar se determinada lei ou ato normativo está de acordo com a Constituição vigente à sua criação, seja nos seus aspectos formal ou material.

Enquanto que o Direito Intertemporal representa o ramo do Direito que analisa o período de transição entre duas normas e suas respectivas consequências no ordenamento jurídico e desdobramentos na moldura jurisprudencial.

No sistema jurídico pátrio, a Constituição representa o topo da pirâmide, representando a Lei Maior, a Carta Magna, estando em patamar superior quando relacionada às demais leis ou atos normativos, a exemplo dos previstos no art. 59 da Constituição Federal da República do Brasil (CFRB) de 1988: Emendas à Constituição, Leis Ordinárias, Leis Complementares, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, dentre outras.

Isso quer dizer que: todas as normas que se encontrem em patamar inferior, necessitam se apresentar de acordo com a Constituição, caso contrário, podem ser declaradas como inconstitucionais.

No prisma jurídico-constitucional, a legitimidade da análise de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo deve ser em referência à constituição vigente à época de sua criação, isto é, uma norma só pode ter sua constitucionalidade analisada, se o parâmetro de observação for a constituição vigente no período em que foi promulgada.

Atualmente a constituição vigente é a de 1988. Assim sendo, as normas (lei ou atos normativos) que foram editadas anteriormente à CFRB (1988) não podem ser declaradas inconstitucionais através do julgamento alicerçado em parâmetros da atual constituição (1988), em virtude de, conforme entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, o Brasil não adotar a Inconstitucionalidade Superveniente.

Diante do exposto, fica claro que as normas editadas e promulgadas posteriormente a cinco de outubro de 1988, devem ter como referência de

constitucionalidade a CFRB (1988), seja por meio de Controle Concentrado, seja por meio de Controle Difuso.

No tocante às normas implementadas antes da promulgação da CFRB (1988), verifica-se que não é possível a análise da constitucionalidade tendo como parâmetro a CFRB (1988), mas tão somente a verificação de compatibilidade material, que possui como consequência jurídica a recepção ou não recepção da norma.

Dessa forma fica claro que, tendo como referência a atual Carta Magna, apenas é possível declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, caso estes tenham sido editados após a constituição mencionada.

Além disso, no que diz respeito a produção de efeitos, como regra, caso uma lei ou ato normativo seja declarado inconstitucional, ainda que em sede de controle difuso, segundo a moldura jurídica brasileira, há retroação dos efeitos.

Ou seja, ocorre nulidade de pleno direito, sendo caracterizado um vício congênito, desde o nascimento, tendo como consequência a desconstituição das relações jurídicas produzidas pela determinada norma.

Diferentemente ocorre quando uma norma é não recepcionada por uma nova constituição. Nesta hipótese há apenas a revogação do ato normativo, sendo preservados todos os efeitos produzidos enquanto norma vigente.

Surge então o seguinte questionamento: Seria possível que uma norma, lei ou ato normativo, seja considerada inconstitucional mesmo diante da vigência de uma nova constituição que não foi objeto de parâmetro para sua criação?

O tema de pesquisa desse Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) perpassa pela possibilidade de decretação de inconstitucionalidade de uma lei anterior à CFRB (1988) em sede de Controle Difuso. Esse estudo buscou responder ao seguinte questionamento: Quais são os limites e admissões no ordenamento jurídico brasileiro para que uma norma seja declarada Recepcionada, Revogada ou Inconstitucional?

O objetivo geral da pesquisa foi analisar, à luz do Direito Constitucional, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma anterior à CFRB (1988) em sede de Controle Difuso. Por meio dos seguintes objetivos específicos: • analisar as formas de Controles de Constitucionalidade no Brasil; • Diferenciar os dispositivos de Recepção e Não Recepção; • Distinguir as implicações jurídicas da declaração de Revogação e Inconstitucionalidade de uma norma.

Para uma melhor visualização do leitor esse Trabalho de Conclusão de Curso está distribuído em cinco partes: A primeira seção apresenta a Introdução. A segunda parte trata da apresentação do conceito de constituição ao direito constitucional, estando subdividido em cinco subcapítulos: Da classificação das Constituições, Controle de constitucionalidade: Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, Da Constituição de 1988 à reforma do controle de constitucionalidade, Sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil, Controle abstrato/concentrado: legitimidade, ações de controle e efeitos de decisão, Controle difuso: origem, legitimidade e competência e efeitos de decisão. A terceira parte trata do Direito Constitucional Intertemporal, sendo subdividido em seis subcapítulos: a entrada em vigor de uma nova Constituição, o direito ordinário pré-constitucional, compatibilidade e incompatibilidade, inconstitucionalidade superveniente, recepção e não recepção e Inconstitucionalidade. A quarta seção trata da hipótese de decretação de inconstitucionalidade de lei anterior à CFRB (1988) em sede de controle difuso. E, por fim, a quinta parte trata das considerações finais.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL

A noção de formal de constitucionalismo representa uma relação intrínseca às Constituições, que de acordo com a evolução histórica do Direito, originou-se a partir da Carta Maior dos EUA, em 1787, em decorrência da proclamação da Independência das 13 Colônias; e, logo em seguida na França, em 1791, com a Revolução Francesa, por meio de organização do Estado e limitação do poder estatal, da previsão de direitos e garantias fundamentais.

O Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental orders of Connecticut* de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados (MIRANDA, 1990, p. 138). .

Convém lembrar que o Direito Constitucional tem seus fundamentos e marco histórico-social na Europa, mais precisamente no contexto após a II Grande Guerra Mundial, cujos precursores foram a Alemanha e a Itália.

Nesse sentido, o Direito Constitucional está inserido no âmbito do Direito Público, diferenciando-se das demais áreas do Direito Público pela especificidade da natureza de seu escopo e pelos princípios singulares que o norteiam.

A parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza (MIRANDA, 1990, p. 13).

Ou seja, representa o Direito Público fundamental em torno da organização e funcionamento do Estado Democrático de Direito, à juntura dos seus elementos primários e à estruturação de bases à moldura política.

De acordo com Malberg (1962, p. 490), o “Direito Constitucional representa o sentido formal de um ramo do Direito Público, o que estuda a instituição de cada Estado em particular”. Segundo Duguit (2007), existe uma distinção no Estado entre governantes e governados, sendo o Direito Constitucional a definição à série de normas jurídicas que dispõem em relação aos governantes devem fazer, abrangendo, inclusive, a organização geral do Estado e a moldura jurídica dos governados em relação aos governantes.

Portanto, o Direito Constitucional estuda a organização fundamental de um Estado determinado, o modo de participação da nação no governo, a atividade dos órgãos de governo e os direitos individuais. O Estado não é uma pessoa jurídica; Estado não é uma pessoa soberana. Estado é o produto histórico de uma diferenciação social entre os fortes e os fracos em uma dada sociedade. O poder que pertence aos mais fortes, indivíduo, classe, maioria, é um simples poder de fato, que não é jamais legítimo por sua origem. Os governantes, que detêm esses poderes, são indivíduos como todos os outros; eles não têm jamais, em sua qualidade de governantes, o poderio legítimo de emitir ordens (DUGUIT, 2007, p. 10).

Nesse sentido, no “produto legislativo máximo do Direito Constitucional encontramos a própria Constituição, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro” (CANOTILHO, 1933, p. 45).

A constituição então, como norma suprema fundamental, passa a ser o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Na ideia da pirâmide normativa idealizada por Hans Kelsen, a constituição estaria no ápice, devendo

todos os demais atos normativos buscarem validade no texto constitucional, validade esta formal e material.

Para efetivação da supremacia da constituição é mister que se criem mecanismos que garantam a anulação de atos que afrontem a carta magna. Além da criação de mecanismos se faz necessário a incumbência a determinado órgão da competência para zelar e guardar a ordem constitucional.

Não haveria sentido e eficácia a criação de uma constituição que não possuísse aplicabilidade prática e meios de sustentabilidade institucional, visto que se encontraria em constante instabilidade e insegurança jurídica

Nesse sentido surge a ideia do instituto do controle de constitucionalidade. Podemos conceitua-lo como o mecanismo de averiguação de compatibilidade de uma lei ou ato normativo em relação à Constituição Federal.

Essa averiguação se espalha tanto nos requisitos formais de procedimento de criação, votação, rito, forma do ato normativo, como nos requisitos materiais, ou seja, a compatibilidade com as matérias dispostas no decorrer do texto constitucional, nestas incluídas os direitos e garantias fundamentais, os elementos orgânicos do estado, além da estrutura e separação dos poderes institucionais.

Desse modo, na ocasião de se verificar que uma lei ou ato normativo esteja em desacordo com a Carta Maior, deve entrar em jogo o instrumento do controle de constitucionalidade, visando a declaração da referida norma como inconstitucional. Mais uma vez é importante frisar que a inconstitucionalidade de uma norma pode ser aferida tanto nos aspectos formais, como nos materiais.

Na inconstitucionalidade material, verifica-se vício ou irregularidade nos conteúdos da lei e da norma, estando fora da égide constitucional, assumindo o caráter inconstitucional. Enquanto que na inconstitucionalidade formal ocorre a incidência de vício no processo de criação da lei.

Pra um melhor entendimento da hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma lei anterior à CFRB (1988), à luz do Direito Constitucional, em sede de Controle Difuso, faz-se relevante, ainda, analisar os principais aspectos relativos à definição conceitual de Constituição.

Desse modo, no que diz respeito ao conceito de Constituição, no sentido amplo (*lato sensu*), pode ser definido em função da ação sociojurídica “de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação” (GUETZÉVITCH, 1933, p. 45).

Mas, destaca-se que a Constituição representa a Lei Maior, a Carta Magna, a Lei fundamental e suprema de um Estado. “Contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos” (CANOTILHO, 1991, p. 41).

Dessa maneira, a área de abrangência da Constituição decorre de seu caráter atuar como sendo o estatuto jurídico fundamental da comunidade, ou seja, abrangendo, “mas não se restringindo estritamente ao político [...], como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprio, [...] bem como à distinção [...] entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu*” (CARVALHO, 1982, p. 13).

A interface entre as intenções ideológica e jurídica *stricto sensu* permite definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade, que rege a formação dos Poderes Públicos e do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, no Brasil, vigora a Constituição da República Federativa do Brasil, editada e promulgada em 5 de outubro de 1988. É também conhecida como a Constituição Cidadã, apelido imputado tendo em vista o período em que foi idealizada. O Brasil se encontrava recém-saído de um longo regime ditatorial militar em que diversos direitos e garantias fundamentais foram violados de forma brutal.

Dessa forma o novo texto constitucional nasce disciplinando uma ampla gama de direitos individuais, coletivos, econômicos, sociais e políticos, contrariando a ideia de que o texto constitucional deve ser o mais enxuto possível.

Porém, conforme debatido durante as sessões da assembleia nacional constituinte, todas essas minuciosas previsões expressas decorreram do temor e do medo do regime ditatorial anos antes vividos.

A nova e última carta constitucional, então vigente, e abaixo classificada, além de todas essas previsões expressas mencionadas, trouxe inovações no sistema de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Inicialmente, e de fácil percepção, houve uma ampliação no rol dos legitimados para a propositura das ações de controle.

Sendo assim, não seria apenas o Procurador Geral da República que poderia ingressar com uma medida judicial visando tutelar o texto constitucional. A possibilidade foi estendida, por exemplo, ao Presidente da República, a Mesa da

Câmara e do Senado, aos Governadores dos Estados, entre outros, conforme consta no art. 103 da CRFB/88.

Além disso, pela primeira vez na história brasileira, nascia a possibilidade de controlar a inconstitucionalidade por omissão do poder público. Por fim, o constituinte ainda criou um novo mecanismo de controle a ser realizado pela suprema corte, que foi o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), este que apenas veio a ser regulamentado quase doze anos depois.

QUADRO 01: Classificação das Constituições

ASPECTO	TIPO	DEFINIÇÃO
Conteúdo	Materiais	Conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento;
	Formais	Consustanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário.
Forma	Escritas	É o conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar-se a organização fundamental
	Não escritas	É o conjunto de regras não aglutinadas em um texto solene, mas baseado em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções (exemplo: Constituição Inglesa).
Modo de elaboração	Dogmáticas	Produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de princípios e ideias da teoria política e do direito dominante.
	Históricas	Fruto da lenta e contínua síntese da História e tradições de um determinado povo (exemplo: Constituição Inglesa).
Origem	Promulgadas	Fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte composta de representantes do povo para sua elaboração
	Outorgadas	Elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época
Estabilidade	Imutáveis	Veda qualquer alteração.
	Rígidas	Alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais normativas
	Flexíveis	Em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário.
	Semirrígidas	Algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário.
Extensão e Finalidade	Analíticas	Preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais
	Sintéticas	Examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado

Fonte: Adaptado de Moraes (2003, p. 30).

De acordo com o quadro acima, verifica-se que a CRFB (1988) pode ser classificada como sendo: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada, rígida e analítica. Em relação aos aspectos rígidos da Carta Magna, evidenciam-se as cláusulas pétreas, tal como dispõe o seu Art. 60.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: **I** - a forma federativa de Estado; **II** - o voto direto, secreto, universal e periódico; **III** - a separação dos Poderes; **IV** - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

No tocante à CRFB (1988), segundo Moraes (2003, p. 32) “[...] pode ser considerada como super-rígida, [...] em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas [...] alguns pontos é imutável”, tal como está disposto na CRFB, no Art. 60, § 4.º - cláusulas pétreas. Sendo relevante observar que as Emendas à Constituição têm seus limites e admissões regidos pela própria Lei Maior.

Desse modo, a CRFB (1988) estabelece as normas em relação ao Controle de Constitucionalidade para legitimar a hipótese de realizar o debate jurisprudencial acerca da compatibilidade entre as leis e os atos normativos com Constituição vigente, pois, ao ser conciliável com a Constituição, caracteriza-se como sendo constitucional e, caso contrário, estando em desacordo com a CRFB (1988) assume o contorno jurídico de inconstitucional. Para o legítimo Controle de Constitucionalidade, faz-se relevante apresentar o papel dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo nesse no Direito Constitucional.

2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo

De acordo com a literatura, acerca da efetivação do Controle de Constitucionalidade, constata-se a existência de duas maneiras de investigação: o preventivo e o repressivo.

O Controle de Constitucionalidade Repressivo é posterior à promulgação da lei ou ato normativo, visando eliminar do ordenamento jurídico a norma, em virtude de ser considerada incompatível com as disposições previstas na Constituição vigente à sua criação, sendo exercido, em regra, pelo Poder Judiciário.

O Controle de Constitucionalidade Preventivo está diretamente envolvido com a ocorrência anterior à formulação da lei, ou seja, no contexto de sua criação. No Poder Legislativo, a supervisão deve ser executada pelo Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) e, depois de aprovado, o Projeto de Lei (PL) deve ser submetido ao Plenário da Câmara dos Deputados Federais para verificar sua compatibilidade com

a Constituição, objetivando impossibilitar que a norma interfira nocivamente no ordenamento jurídico, em virtude de não conter parâmetros constitucionais.

No Poder Executivo, após a segunda aprovação pelos parlamentares, compete ao Chefe do Poder Executivo sancionar ou vetar as leis e atos normativos, ou seja, a partir de fundamentos jurídicos pode declarar a norma inconstitucional (veto jurídico) ou contrária ao interesse público (veto político).

Enquanto que no Poder Judiciário, de modo excepcional e na hipótese de violação ao devido processo legislativo, previsto na CFRB (1988), o Controle de Constitucionalidade Preventivo pode ser realizado pelos magistrados em conjunto com os parlamentares, através de um mandado de segurança, em prol de garantir o impedimento da promulgação de normas inconstitucionais.

Apesar do poder de vetos político e jurídico do Presidente da República, caso a norma tenha sido criada e sancionada, pode ocorrer o Controle Repressivo, sendo de competência às autoridades judiciárias – cabendo ao Poder Judiciário julgar o controle através de dois métodos: controle pela linha concentrada e o controle pela linha difusa.

O Controle Concentrado ou Abstrato deve ser exercido pelo Superior Tribunal Federal (STF), tal como consta no Art. 102 da CFRB (1988):

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O julgamento no Controle Concentrado tem que ser executado por meio das seguintes ações: Ação Direta de inconstitucionalidade (ADIN); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN POR OMISSÃO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON); e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Porém, depois de proferida a inconstitucionalidade da lei, a decisão do STF desencadeia efeitos *erga omnes*, ou seja, efeitos contra todos, cuja resolução tem que ser acatada por juízes ou tribunais brasileiros.

Por sua vez, no Controle Difuso, a declaração jurídica de inconstitucionalidade da lei pode ser proferida por qualquer juiz ou tribunal, caso exista uma demanda concreta, sendo que os efeitos posteriores desta decisão afetam apenas aspectos relativos às partes envolvidas e interessadas no processo demandado, cujos efeitos são *inter partes*.

Contudo, a concepção de Controle de Constitucionalidade diz respeito “à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais” (MORAES, 2003, p. 30), cujo fundamento principal remete a vedação de o ato normativo alterar ou suprimir a Lei Maior.

No âmbito das seis Constituições brasileiras que antecederam a CF (1988): 1824, 1891, 1934, 1937 1946 e 1967, verifica-se que a evolução histórica do Controle de Constitucionalidade pode ser apresentada em função de alguns aspectos principais, tal como apresenta o Quadro 02:

QUADRO 02: Evolução histórica do Controle de Constitucionalidade

LEI MAIOR	PRINCIPAIS ASPECTOS
1824	Inexistência de qualquer sistema de controle de constitucionalidade. Prevalência do “Dogma da Soberania do Parlamento”. Poder Moderador (Imperador).
1891	Surgimento do controle difuso de constitucionalidade.
1934	Mantém o controle difuso. Surgimento da ADI interventiva, da Cláusula de Reserva de Plenário e atribuição do Senado Federal de suspender a execução da lei ou ato declarado inconstitucional.
1937	Mantém o controle difuso. Possibilidade de submissão ao Parlamento, pelo Presidente da República, da decisão do Poder Judiciário que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo para reexame. Fortalecimento do Executivo.
1946	Com a EC 16/1965, surge a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Previsão do Controle de Constitucionalidade concentrado no âmbito estadual
1967	Transferiu do Congresso para o Presidente da República o poder de suspender ato ou lei declarado inconstitucional pelo STF, se essa suspensão fosse suficiente para restabelecer a normalidade no Estado. Não previsão do controle de constitucionalidade concentrado no âmbito estadual.

Fonte: Adaptado de Moraes (2011)

De acordo com o Quadro 02, observa-se que o surgimento do Controle Difuso de Constitucionalidade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro apenas com a Constituição de 1891, pois na Lei Maior de 1824 não existia nenhum tipo de sistema de controle de constitucionalidade.

2.2.1 Da Constituição de 1988 à reforma do Controle de Constitucionalidade

No contexto do Poder Judiciário, o Controle Constitucionalidade das leis e atos normativos representa uma importante concepção conceitual do Direito Constitucional e das Ciências Políticas da modernidade.

A implementação de aspectos distintos do Controle de Constitucionalidade nos múltiplos sistemas constitucionais evidencia, também, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais variados sistemas políticos (MENDES, 2006).

No cenário brasileiro especificamente, o sistema de Controle de Constitucionalidade foi alvo de uma abreviada reforma em função da outorga da CFRB (1988). Mesmo com a manutenção do modelo tradicional de Controle de Constitucionalidade Difuso, tornou-se possível a adoção de outros instrumentos, tais como: “o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade” (BASTOS, 2010, p. 234), delineando uma nova moldura ao sistema de Controle de Constitucionalidade utilizado no Brasil.

2.3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No contexto brasileiro, os sistemas de Controles de Constitucionalidade foram sendo desenvolvidos através de variados embasamentos filosóficos e de múltiplas experiências históricas. O controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido em sistema difuso e sistema concentrado (LENZA, 2010).

Destarte, o Controle de Constitucionalidade brasileiro é marcado pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais pertinentes à fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público e à proteção dos direitos fundamentais. Verifica-se uma multiplicidade de instrumentos destinados ao uso do Controle Abstrato de Constitucionalidade pelo STF, como a ADI, ADO, ADC e a ADPF (MORAES, 2011).

No caso do Brasil, o modelo de Controle de Constitucionalidade representa uma interface entre os sistemas Difuso e Concentrado. Apesar de aparentar ser excludentes, no ordenamento jurídico brasileiro, enseja-se o a legitimidade de um modelo misto, congregando ambos os sistemas de Controle de Constitucionalidade: difuso e concentrado (NOVELINO, 2010).

2.3.1 Controle Abstrato/Concentrado: legitimidade, ações de controle e efeitos de decisão

No Brasil, o sistema híbrido de Controle de Constitucionalidade engloba, além do Controle Difuso, o Controle Abstrato de Constitucionalidade, que também pode ser denominado de Controle Concentrado. É considerada como a forma de controle mais usual no sistema brasileiro, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a competência para o processamento e julgamento das ações autônomas que exijam a análise do conflito das normas com a constituição (RAMOS, 2010).

No âmbito brasileiro, o sistema de Controle Concentrado teve um maior destaque com a CFRB (1988), em virtude do surgimento de novos instrumentos judiciais e da maior amplitude do rol dos legitimados ativos para a propositura dessas demandas.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no Art. 103 e seguintes, que são ações específicas do Controle Concentrado de Constitucionalidade: ADI, ADC, ADO e ADPF.

Em relação à ADI, cabe relatar que representa o instrumento mais comumente utilizado na prática constitucional e que possui como finalidade a declaração de inconstitucionalidade de norma que esteja em desacordo material ou formal com a Constituição corrente.

As decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e *efeito vinculante* para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta – não abrangendo o Poder Legislativo. Ressalte-se, porém, que a legislação que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade prevê a possibilidade do Plenário do Tribunal *modular os efeitos das decisões* no âmbito do controle abstrato de normas, permitindo ao STF declarar a inconstitucionalidade da norma: a) a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); b) a partir de algum momento posterior ao trânsito em julgado, a ser fixado pelo Tribunal (declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*); c) sem a pronúncia da nulidade da norma; e d) com efeitos retroativos, mas preservando determinadas situações (MENDES, 2006, p. 5).

Conforme exposto, a regra quanto aos efeitos produzidos em sede de controle abstrato é no sentido da produção retroativa (*ex tunc*), para todos (*erga omnes*) e vinculante. Ocorre que o STF não adota a teoria absoluta da nulidade e de efeitos retroativos. Percebe-se que no Brasil, assim como na grande parte dos países que adotaram a teoria da nulidade, vem ocorrendo uma flexibilização dos

efeitos. Prova disso é a adoção de alguns institutos no momento do julgamento das respectivas ações como, por exemplo, a modulação dos efeitos temporais, a interpretação conforme a constituição, entre outros.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REVOGAÇÃO SÚPERVENIENTE DE DISPOSITIVOS QUESTIONADOS. PERDA DE OBJETO. AÇÃO JULGADA PREJUDICADA. Relatório 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se questiona a validade constitucional do art. 6º da Medida Provisória n. 1.632-11, cujo teor é o seguinte: "Art. 6º A Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo: 'Art. 4º-A. Nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão, poderá o tribunal, a qualquer tempo, conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença rescindenda.'" 2. O Autor afirma que a norma impugnada seria inconstitucional, apontando três razões: a) inexistência de urgência para a edição de medida provisória sobre a matéria; b) ofensa ao princípio da isonomia e c) afronta ao princípio da coisa julgada. Argumenta que a norma que torna possível a suspensão dos efeitos de sentença transitada em julgado careceria de urgência para fins de edição de medida provisória, porque a coisa julgada consiste em ato final do Poder Judiciário "proferido após procedimento repleto de fases" (fl. 4). Entende que o desrespeito ao princípio da isonomia decorreria da previsão de que somente o Estado poderia pleitear a suspensão dos efeitos da sentença transitada em julgado e que a ofensa à coisa julgada seria patente, pois "admitir que o julgamento perfunctório prevaleça sobre o julgamento final é zombar da função judicante" (fl. 6), o que afetaria a segurança jurídica. Requereu a suspensão liminar dos efeitos da norma atacada e, no mérito, a procedência da presente ação. [...] A norma impugnada na presente ação foi suprimida nas medidas provisórias subseqüentes à que deu origem à presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inexistente a norma questionada há inegável perda superveniente de objeto da ação nela centrada. 13. Pelo exposto, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto (art. 21, inc. IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) e determino o arquivamento dos autos. Publique-se. Arquive-se. Brasília, 7 de março de 2008. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - ADI: 1821 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 07/03/2008, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 13/03/2008 PUBLIC 14/03/2008)

Por outro lado a ADC objetiva a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, decorre de uma ambivalência com ADI, pois, também representa um instrumento de controle em conformidade à Constituição atual. Esta

ambivalência decorre do fato de que no momento em que determinada norma é declarada constitucional em sede de julgamento de uma ADC, automaticamente ocorre a perda do objeto de uma possível ADI proposta sobre a mesma norma.

O cabimento da ação declaratória de constitucionalidade pressupõe a existência de situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade da lei, não se afigurando admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma (MENDES, 2006, p. 3).

Igualmente como ocorre na ADI, na ADC a produção de efeitos do julgamento também se dá de modo *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante a todo o Poder Judiciário e toda estrutura da Administração Pública, direta e indireta, cabendo ao Plenário do Tribunal, a possibilidade de delinear os efeitos da decisão através do instituto da modulação temporal.

Por sua vez, a ADO representa o instrumento capaz de aferir a inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes na materialização de uma norma constitucional específica, nas esferas federal ou estadual, tanto na estrutura legislativa quanto administrativa, sempre em conformidade com a CF corrente (LENZA, 2010).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR OMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO ESTADUAL QUESTIONADA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pretensão deduzida em juízo, objetivando a que o Poder Judiciário declare a omissão do Executivo para regulamentação do artigo 54, parágrafos 1o. e 2o. do Ato das Disposições Transitorias Estaduais. Dispositivo estadual tem sua constitucionalidade questionada mediante a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite perante o Excelso Supremo Tribunal Federal. Evidenciada a conexão por prejudicialidade, suspende-se pelo prazo de um ano. (TJ-PR - ADI: 232402 PR Ação Direta de Inconstitucionalidade - 0023240-2, Relator: Osiris Fontoura, Data de Julgamento: 20/05/1994, Órgão Especial)

A ADO pode declarar a omissão total, absoluta, do legislador, ou a omissão parcial, isto é, o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar.

Por fim, também inserida no grupo das quatro grandes ações constitucionais que visam tutelar o direito objetivo em detrimento da constituição, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Segundo Ramos (2010), a ADPF representa um instrumento do sistema Concentrado de Controle de

Constitucionalidade para declarar a impugnação ou questionamento direto à norma federal, estadual ou municipal.

Estando regulamentada através da Lei n. 9.882/99 e possui como particularidade o caráter subsidiário em detrimento das demais. Isso quer dizer que a ADPF só será proposta quando não couber nenhuma das outras ações de controle. No mais, quanto a legitimidade e competência de julgamento, ela segue o mesmo rito já mencionado para a ADI, ADC e ADO.

2.3.2 Controle Difuso: origem, legitimidade e competência e efeitos de decisão

No Direito Constitucional, o controle difuso de constitucionalidade tem sua origem nos Estados Unidos da América, em 1803, através da materialidade do caso *William Marbury versus James Madison*, em cujo julgamento o Juiz John Marshall deferiu a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e, em regra, definiu que os atos normativos não podem ser objetos de edição e alteração em desconformidade com as normas da Constituição. Desse modo, compete ao Poder Judiciário julgar os parâmetros que configurem a violação à Lei Maior.

O sistema do controle difuso de constitucionalidade, também denominado controle concreto ou incidental de constitucionalidade, permite ao magistrado ou órgão colegiado analisar, no caso concreto, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição. Trata-se de modalidade de controle repressivo de constitucionalidade, sendo a outra modalidade pela via concentrada (SCHUELLER, 2011, p. 140)

O controle de constitucionalidade preza pela supremacia da Constituição em relação aos demais atos normativos ou leis, através da proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao cidadão e à sociedade.

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das majorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.

A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a atenção dos juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição, e a ele se dedicará um tópico desta exposição

(BARROSO, 2006, p. 254)

Em decorrência da decisão do STF em relação à incompatibilidade entre a norma anterior e a superveniente Constituição como sendo de revogação, conseqüentemente a natureza vinculante delineou para os demais casos que essa incompatibilidade seja arguida diante de um juiz qualquer.

A prestação jurisdicional pode ser requerida a um juiz singular, em função da sua competência no curso da ação, podendo afastar, por exemplo, a incidência de um ato normativo ou lei infraconstitucional por ter sido revogada pela CFRB (1988). Vale apontar, conforme aponta Lenza, que o juiz singular poderá estar, inclusive, em estágio probatório, não sendo necessário o preenchimento da garantia da vitaliciedade para o julgamento de demanda que possua como causa de pedir a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto.

O controle difuso de constitucionalidade proporciona o exercício da jurisdição para todos os integrantes do Poder Judiciário, ou seja, juízes singulares quanto pelos órgãos colegiados.

Em regra, a CFRB (1988) estabelece a cláusula de reserva de plenário, tal como está determinado no Art. 97 - "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão" (BRASIL, 1988). Vale ressaltar que a regulamentação decorreu da elaboração do instituto do Incidente de Inconstitucionalidade, através dos Art. 481 e segs. do CPC.

Ocasionada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo por algum dos órgãos competentes do Poder Judiciário, compete analisar a substancialidade procedente à arguição, objetivando encaminhar ao plenário ou órgão especial, em prol da apreciação da constitucionalidade em tese do ato ou lei confrontado.

Se a maioria absoluta julgar pela desconformidade do ato normativo ou lei em relação à Carta Magna, deverá ser declarada a inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a decisão vinculará o órgão fracionário, Turma ou Câmara, na pacificação do caso em questão.

De acordo com a doutrina, é possível verificar semelhança entre o controle concentrado e o controle difuso, em virtude do exame realizado pelo plenário ou órgão especial ser idêntico ao exame procedido em sede de ADI ou ADC, cujo controle constitucional é de natureza objetiva, sem levar em consideração o caso concreto.

Porém, no controle difuso de constitucionalidade, o Juiz ou Tribunal verifica as

normas aplicáveis ao caso concreto para julgar a conformidade ou desconformidade em relação à Lei Maior.

Para a solução do conflito discutido em juízo, o magistrado ou Tribunal deve examinar acerca da constitucionalidade da espécie normativa para, então, decidir sobre o objeto principal da ação. Essa modalidade de controle de constitucionalidade autoriza o magistrado ou Tribunal a decidir sobre a incidência ou a não aplicação da norma no caso concreto, justificada em razão da nulidade do ato inconstitucional. (SCHUELLER, 2011, p. 142)

Portanto, a apreciação da constitucionalidade do ato normativo ou lei é matéria prejudicial que tem de ser analisada pelo Poder Judiciário para dar solução do caso concreto.

[...] O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.

Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil.

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito.

Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a *causa de pedir processual*.

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio! (LENZA, Pedro, 2018, p. 346).

Nesse aspecto, todos os juízes ou tribunais podem, em regra e em frente a um caso específico, deixar de aplicar a lei ao vislumbrar sua inconstitucionalidade. A decisão é *inter partes*, ou seja, não afeta terceiros estranhos à lide julgada. O controle de constitucionalidade integra a motivação do *decisum* e não seu dispositivo.

No caso do controle difuso de constitucionalidade, a lei ou ato normativo afrontado não é depurado do ordenamento jurídico, ou seja, mantém-se em vigor, válido e eficaz, apenas veda a aplicabilidade ao caso analisado em questão, em virtude de ter sido considerado inconstitucional.

O Superior Tribunal de Justiça é o órgão competente para legitimar a incolumidade e a uniformidade da legislação federal, tendo a prerrogativa de exercer o controle difuso de constitucionalidade através da apreciação do juízo de revisão dos Recursos.

Como é cediço, tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, têm efeito devolutivo restrito; por isso, o julgamento desses recursos excepcionais ocorre em duas etapas. Na primeira etapa, ocorre o juízo de cassação, no qual o STJ decide se o acórdão recorrido violou ou não os dispositivos das leis federais invocadas no recurso especial. Vale ressaltar que é no bojo do juízo de cassação que pode ocorrer a desconstituição (anulação) do acórdão recorrido ou decisão de última ou única instância recorrida. (MEDEIROS, 1999, p. 318)

Contudo, no exercício do juízo de revisão ocorre rejuízo da lide, ou seja, tanto o STF quanto o STJ tendem a figurar como tribunais de apelação, podendo analisar o direito objetivo e as matérias de ordem pública.

3 DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL

O Direito intertemporal é o ramo do direito que busca solucionar os conflitos existentes entre duas normas a partir do momento em que uma delas se sobrepõe a outra no aspecto temporal, isto é, a partir do momento em que determinada norma entra em vigor, acarretando a extinção da produção dos efeitos da antiga norma. Sempre que uma nova norma jurídica é aprovada, conseqüentemente, exerce o poder de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, disciplinando de modo diverso a conduta comportamental da sociedade e, simultaneamente, consolida algo que ocorreu em tempo passado.

Sendo assim, o direito intertemporal pode ser entendido como a disciplina que busca elaborar respostas ao questionamento da égide da relação jurídica, por tratar, em regra, dos conflitos da lei no tempo. Neste capítulo foram analisados os seus principais fundamentos teóricos, além de expor as suas conseqüências no ordenamento jurídico brasileiro.

O Direito brasileiro segue a orientação da maioria dos ordenamentos jurídicos internacionais, sendo moldado o princípio da irretroatividade das leis em seis Constituições, exceto na norma de 1937. Portanto, em regra, a nova lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Acontece que, quando se trata de direito constitucional intertemporal há uma relevante diferenciação, não havendo que se falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

No prisma constitucional o estudo do direito intertemporal diz respeito a análise do

direito objetivo vigente sob a égide de determinada constituição e sua relação com a entrada em vigor de uma nova constituição. Não se trata de intertemporalidade legal. É um tema bem mais complexo. Busca-se, então, responder aos seguintes questionamentos: Quando uma nova constituição é promulgada, o que acontece com toda a legislação infraconstitucional vigente? Quais os efeitos decorrentes da entrada dessa nova constituição diante de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional em vigor? As antigas normas constitucionais irão continuar em vigor?

Pra responder a essas perguntas se faz necessário o aprofundamento nos institutos da teoria da recepção e da inconstitucionalidade superveniente, temas estes que serão mais a frente detalhados.

3.1 ENTRADA EM VIGOR DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO

Como já mencionado, quando estamos diante de atos normativos infraconstitucionais, a entrada em vigor de uma nova legislação, deve considerar o princípio da irretroatividade das leis, em virtude de preceituar, de modo sintético, que um novo instituto não pode alçar fatos praticados anteriormente à vigência da nova lei.

O Direito Intertemporal e o princípio de irretroatividade representam uma dimensão de grande valia à atuação do legislador em legislar leis, pois as relações jurídicas, legalmente estabelecidas no pretérito, não podem ser prejudicadas pela vigência de uma nova lei.

Isto é, tais aspectos decorrem do princípio da segurança jurídica, por buscar assegurar limites e admissões aos indivíduos, por meio de um controle sobre o Poder Legislativo, garantindo que as relações consolidadas no passado não sejam alteradas pela entrada em vigor de um novo dispositivo.

Também se funda na estabilidade das relações jurídicas, impedindo que haja surpresas por meios legislativos àquilo que fora pactuado no passado. Afinal, desestabilizar as relações é ir de encontro ao progresso social. Dessa maneira, a irretroatividade das leis deve se ajustar à tensão entre a solidez das relações jurídicas pré-estabelecidas e às novas exigências sociais (PEREIRA, 2005, p. 138)

Diferentemente ocorre quando há a entrada de uma Nova Constituição. A partir do momento em que um novo texto constitucional é promulgado ele passa a

ser o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, inclusive do já existente.

Algumas constituições ao serem promulgadas possuem previsão expressa de prazo para produção de efeitos, sendo denominado esse período de *Vacatio Constitucionais*. A atual CRFB (1988) não estabeleceu prazo algum, produzindo efeitos a partir de sua publicação.

A Constituição, diferentemente das leis, é fruto do poder constituinte originário. Esse poder possui como características a autonomia e a não limitação, isto é, pode trazer em seu texto qualquer tema sem submissão a nenhum fundamento de validade. A partir dessa ideia, percebe-se que ao ser promulgada uma nova constituição, não há que se falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, inclusive podendo o novo texto produzir efeitos retroativos.

Quanto ao antigo texto constitucional, a partir da entrada da nova carta magna, ocorre a revogação imediata e integral de suas normas, não havendo que se falar em compatibilidade ou incompatibilidade de seus dispositivos e demais normas existentes. A partir da promulgação, ocorre a expurgação do antigo texto do ordenamento jurídico, como dito, de maneira integral, ou seja, não serão apenas artigos e alíneas incompatíveis, mas todo o arcabouço constitucional vigente.

Assentada a possibilidade da recepção, é o caso de indagar sobre se o fenômeno também alcança normas da antiga Constituição que permanecem compatíveis com a nova ordem constitucional. Pontes de Miranda sustentou que “as leis que continuam em vigor são todas as que existiam e não são incompatíveis com a Constituição nova. Inclusive as regras contidas na Constituição anterior, posto que como simples leis”. Mais restritivamente, foi adiantada a solução de que apenas as normas materialmente constitucionais não poderiam ser recebidas. As normas, porém, que fossem apenas formalmente constitucionais seriam passíveis da recepção tácita, sendo simplesmente “desconstitucionalizadas”, valendo, então, como normas ordinárias. Essas opiniões, contudo, não chegaram a empolgar a maioria da doutrina, nem a jurisprudência do STF. Prevalece a tese de que a antiga Constituição fica globalmente revogada, evitando-se que convivam, num mesmo momento, a atual e a anterior expressão do poder constituinte originário empregada para elaborar toda a Constituição. Além disso, conforme a regra, de inspiração lógica, de solução de antinomias, ocorre a revogação da norma anterior quando norma superveniente vem a regular inteiramente uma mesma matéria. Nada impede que a nova Constituição ressalve a vigência de dispositivos isolados da Constituição anterior, até mesmo por algum lapso de tempo – já que o poder constituinte pode o que quiser –, como ocorreu com o *caput* do art. 34 do ADCT de 1988. Como regra geral, se a nova Constituição não prevê expressamente a desconstitucionalização, a Lei Maior anterior inteira fica superada. (MENDES, Gilmar Ferreira, 2018, p. 165).

Isso ocorre porque no Brasil nós não adotamos o fenômeno da desconstitucionalização. Esse instituto defende a ideia de que não se pode desconsiderar o antigo texto constitucional, devendo haver uma análise minuciosa dos seus dispositivos.

Após a análise, os dispositivos contrários a nova ordem constitucional seriam revogados e os que fossem com ela compatíveis, seriam recepcionados, dessa vez não mais como constituição, mas sim como legislação ordinária.

Vale apontar que há uma pequena tese minoritária que defende esse instituto, mas o STF já se posicionou sobre o tema e entendeu por não ser cabível no ordenamento jurídico pátrio.

3.2 DIREITO ORDINÁRIO PRÉ-CONSTITUCIONAL

Conforme exposto no tópico anterior, a entrada de uma nova constituição, conforme defende a doutrina e jurisprudência brasileira, acarreta a imediata e integral revogação do antigo texto constitucional. O mesmo não ocorre com o direito ordinário pré-constitucional. Antes de tratar das consequências da nova carta magna sobre o direito pré-constitucional, é de suma importância conceituar o termo em questão.

O Direito ordinário pré-constitucional nada mais é que o conjunto de leis, atos normativos e princípios vigentes no momento em que se é promulgada uma nova constituição. A título de exemplo é possível citar o Código Penal e o Código de Processo Penal. Esses dois diplomas normativos já estavam vigentes no momento em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada, no dia 5 de outubro.

A partir da conceituação e da ideia do que se trata, é possível voltar ao questionamento acerca das consequências da entrada de um novo texto constitucional sobre o direito ordinário em vigor.

É de clara percepção o fato de que se todo o direito ordinário vigente fosse desconsiderado ou revogado ocorreria uma grave crise institucional, fruto da ausência de normas reguladoras das atividades humanas.

[...] É fácil perceber que, caso fossem consideradas automaticamente revogadas todas as normas infraconstitucionais anteriores à nova Constituição, um verdadeiro caos assolaria o ordenamento jurídico, em

razão do vácuo normativo que daí decorreria. De um instante a outro, o país deixaria de ter leis; nada haveria para regular as relações sociais, a não ser os costumes e um conjunto de normas de alto grau de abstração constantes do novo texto constitucional, a maior parte delas dependente de concretização futura pelo Poder Legislativo.

Com o intuito de evitar essa insustentável situação de insegurança jurídica, adota-se uma solução pragmática: as leis anteriores são "aproveitadas", desde que o seu conteúdo não conflite com o novo texto constitucional. É necessário, portanto, analisar esse direito infraconstitucional pretérito a fim de determinar quais de suas normas são incompatíveis e quais se harmonizam com a nova Constituição, conforme detalhamos a seguir. (PAULO, VICENTE, 2017, p.89).

Sendo assim, a partir do momento em que uma nova ordem constitucional passa a vigorar em determinado Estado, todo o ordenamento jurídico ordinário então vigente, de regra, continuará produzindo efeitos, até que seja, posteriormente, analisada a sua compatibilidade material com a nova constituição.

Eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal. Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao STF, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia, na terminologia civilista, de simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, e não propriamente de um exame de constitucionalidade. Registrem-se duas peculiaridades dessa análise de vigência de normas no tempo: não aplicação da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF) e da fórmula de comunicação ao Senado (art. 52, X, CF). Esses procedimentos são específicos do controle de constitucionalidade, e a nova ordem constitucional revoga a norma por ela não recebida por motivo de incompatibilidade material. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ de 21-11-1997, o Supremo Tribunal Federal não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido e assentou que o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Assim, lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente, nem o legislador poderia infringir Constituição futura, pois a Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, mas as revoga. Nesse contexto, entretanto, é importante consignar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal, como meio de acionar o controle concreto de legitimidade perante o Supremo Tribunal Federal. A ação foi regulamentada pela Lei n. 9.882/99 – Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – poderá ser utilizada para, de forma definitiva e com eficácia geral, solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional à nova Constituição. Com isso, surge uma expressa previsão legal de controle legal concentrado (de legitimidade e recepção pela nova ordem) para as normas pré-constitucionais, que não podem ser apreciadas por via de ação direta de inconstitucionalidade, conforme a jurisprudência do STF”. (MENDES, Gilmar Ferreira, 2018, p. 1881).

Dessa forma o que se tem é uma espécie de reutilização das normas já existentes para evitar um colapso social.

3.2.1 Compatibilidade e Incompatibilidade

No Brasil, a história revela que a Constituição Cidadã de 1988 foi a sétima Lei Maior e, desde então, a legislação pretérita teve que ser compatibilizada a atual Carta Magna, conseqüentemente recebeu um novo fundamento de limites e admissões. Por isso não se faz necessário a elaboração de um novo arcabouço legislativo.

“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” (HERANI, 2009, p. 110). É errôneo afirmar que a compatibilidade da norma anterior com a nova Carta Magna contribui para a prevalência de leis velhas no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Norberto Bobbio (1997, p. 177), a recepção não diz respeito apenas à permanência “do velho no 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 constitucional, sendo mais adequado classificar como uma novação legislativa.

No Brasil, “a promulgação da Constituição de 1988 é um marco demarcatório para a exurgência do novo e sepultamento do velho” (STRECK, 2004, p. 702). “Ocasão em que essa se depara com toda a malha legislativa precedente, e pertencente ao ordenamento velho” (NEVES, 1988, p. 97). Conseqüentemente, acarreta 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 (HERANI, 2009, p. 112).

Em regra, o referencial jurídico e normativo de novação é a Constituição superveniente, enquanto que a norma pré-constitucional representa o objeto de novação.

A hipótese de novação pode produzir dois efeitos: a lei pré-constitucional

materialmente compatível com a Constituição, sob a ótica interna 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); “as leis pré-constitucionais materialmente incompatíveis não novadas acarreta na sua desconsideração, ou seja, invalida sua existência e “são reputadas, para todos os fins, como não-normas” (TAVARES, 2006, p. 170).

Destarte, a entrada em vigor de uma nova Constituição Federal exige que toda a legislação pretérita seja submetida “à regra de novação, que desencadeia um processo de verificação e solução de compatibilidade com a nova ordem que se estabelece” (HERANI, 2009, p. 113).

As normas integrantes do direito ordinário anterior que sejam incompatíveis com a nova Constituição não poderão ingressar no novo ordenamento constitucional. A nova Constituição, ápice de todo o ordenamento jurídico, e fundamento de validade deste, não pode permitir que leis antigas, contrárias a seus princípios e regras, continuem a ter vigência sob sua égide. Assim, todas as leis pretéritas conflitantes com a nova Constituição serão revogadas por esta. Esse é o entendimento consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e aceito pela doutrina dominante no Brasil. E válido para todas as espécies normativas pretéritas infraconstitucionais, alcançando não só as leis formais, mas decretos, regimentos, portarias, atos administrativos em geral etc. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p.89).

O trâmite dentro do Sistema Judiciário é da assada do STF, sendo responsável pela preservação e por em prática as normas constitucionais vigentes, através dos dispositivos institucionalizados para a segurança da Constituição. Apesar de caber ao Poder Legislativo a criação de leis e elaboração de normas, compete ao Poder Judiciário apreciar a o processo de constitucionalização do direito pré-constitucional.

O debate jurídico da aplicação da regra de novação diz respeito ao ato de verificação e ajuizamento da compatibilidade/incompatibilidade das leis pré-constitucionais com as novas normas constitucionais. Representando um esforço de interpretação de texto exercido pelo colegiado de órgãos jurisdicionais competentes.

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, porquanto 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 (HERANI, 2009, p. 114).

Verifica-se um paradoxo em relação à natureza de novada de uma lei pré-constitucional, sentenciada por algum órgão jurisdicional e não novadas por outros.

Isso porque o reconhecimento da incompatibilidade da lei pré-constitucional se depara com, a multivocidade significativa do discurso jurídico (problema semântico) e a pluralidade de órgãos encarregados de interpretar e aplicar as normas jurídicas (problema pragmático). (NEVES, 1988, p. 49).

O esforço para superar esse paradoxo, em regra, é necessário “a atuação de um órgão uniformizador da jurisprudência encarregado de extirpar os efeitos jurídicos que a lei pré-constitucional produz no sistema jurídico” (NEVES, 1988, p. 49). Dessa maneira, cabe Corte Maior analisar os aspectos de recepção, em virtude de ser o órgão responsável pela “uniformização do discurso de harmonização do edifício normativo-constitucional” (HERANI, 2009, p. 115).

No Brasil, o delineamento do controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais é subdividido em cinco doutrinas que apreciam a incompatibilidade como: “inconstitucionalidade superveniente, que afeta a validade da lei” (CANOTILHO, 2003, p. 1013); “revogação por sucessão intertemporal, que retira a vigência da lei; revogação decorrente de inconstitucionalidade” (BITTENCOURT, 1949, p. 131); “inexistência da lei; afirmação substancial segundo a opção político-constitucional” (TAVARES, 2006, p. 170);

Portanto, compreende-se que o controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais é um fenômeno em constante movimento no ordenamento jurídico em virtude de sua natureza interpretativa.

3.2.2 Inconstitucionalidade Superveniente

Em relação aos aspectos legais da inconstitucionalidade superveniente, vale destacar que, caso a norma anteceda a Constituição e seja incompatível com a Carta Magna, a doutrina se divide em duas interpretações: caso de inconstitucionalidade superveniente; ou caso de revogação (direito intertemporal).

O debate entre as concepções de inconstitucionalidade superveniente e revogação é de suma relevância ao direito pré-constitucional e ao direito intertemporal, em virtude de suas implicações repercutirem na envergadura dos

órgãos judiciais cabidos de resolver pacificar a temática (BONAVIDAS, 2006, p. 2006).

De acordo com a doutrina, o embate entre o direito pré-constitucional e a Constituição em vigor pode ser pacificado no campo do direito intertemporal, sendo necessário o reconhecimento da competência de qualquer órgão jurisdicional para analisar a questão.

Porém, para alguns doutrinadores que compreendem a matéria como sendo inconstitucionalidade superveniente, em regra, o conflito deve ser deve ser pacificada pelos órgãos judiciais especializados, tal como está disposto na CFRB (1988), através do controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade (NOVELINO, 2008).

Alguns doutrinadores consideram que a situação de incompatibilidade entre uma norma legal e um preceito constitucional superveniente traduz uma valoração negativa da ordem jurídica, devendo, por isso, ser caracterizada como inconstitucionalidade, e não simples revogação. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1016)

Nessa perspectiva, atualmente, verifica-se que a matéria está mais inserida nos debates no âmbito do direito intertemporal. Ou seja, a inconstitucionalidade de uma norma representa sua divergência com a Constituição em vigor à época de sua aprovação. Portanto, no processo de elaboração de uma lei, os legisladores devem se fundamentar nos aspectos definidos pela Constituição vigente e não por uma Constituição pretérita ou futura.

Caso uma lei seja aprovada em conformidade com a Constituição é considerada constitucional, sendo vedada a hipótese de ser inconstitucional e caracterizar a inconstitucionalidade superveniente, pois houve uma mudança no padrão constitucional. Desse modo, a norma que não estava em conformidade com a Constituição vigente à sua aprovação, mas seja incompatível com a Constituição superveniente, caracteriza-se, assim, um exemplo de não recepção constitucional, tratando-se de competência do direito intertemporal, cuja matéria pode ser apreciada por um juiz de direito, sendo desnecessário aplicar as cautelas inseridas no processo de declaração de inconstitucionalidade.

“Também é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Para este colendo tribunal, só se pode falar em inconstitucionalidade quando tratar-se de ato normativo posterior à Constituição” (MENDES, 2008, p. 1005). Portanto, cabe

evidenciar que ao se falar em inconstitucionalidade superveniente, deve-se apreciar a contradição aos princípios materiais da Carta Magna e não às regras formais da formulação das normas.

"A inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à contradição com as regras formais ou processuais do tempo de sua elaboração." (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1020).

Tendo como exemplificação substancial o ingresso do instituto do Código Tributário Nacional no ordenamento jurídico brasileiro através da aprovação de uma lei ordinária, sendo recepcionada pela CFRB (1988) como Lei Complementar, em virtude da exigência constitucional da Carta Magna de que as matérias sejam tratadas à luz da inconstitucionalidade superveniente, pois não era tipificado na Constituição vigente à aprovação do Código Tributário Nacional, ou seja, antes de 1988.

È importante analisar a nuance que envolve a aplicação do entendimento jurídico brasileiro em torno da mutação constitucional.

Criada em contraposição aos meios formais de alteração da Constituição (emenda), a mutação constitucional consiste em um processo informal de modificação do conteúdo, sem que ocorra qualquer alteração em seu texto. É o que ocorre com o surgimento de um novo costume constitucional ou quando um Tribunal Constitucional altera o sentido de uma norma da Constituição por meio de interpretação. (NOVELINO, 2008, p. 83)

A inconstitucionalidade superveniente, em relação à mutação constitucional, decorrente da mudança na interpretação de uma norma, deve-se alterar, também, o referencial normativo constitucional. Nesses exemplos, verifica-se a ação de inconstitucionalização que pode, em regra, ocorrer a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada anteriormente como constitucional.

Por outro lado, a constitucionalidade superveniente pode ocorrer caso uma lei tenha sido considerada inconstitucional na época de sua aprovação, mas assume contornos compatíveis com a Constituição devido a uma alteração no referencial constitucional.

Sendo necessário destacar que a inconstitucionalidade superveniente não amplamente pelos doutrinadores e nem pelo STF, pois concebem tratar apenas de uma matéria do direito intertemporal, cuja lei pré-constitucional não é recepcionada

pela nova Constituição. Ou seja, é certo afirmar que a inconstitucionalidade superveniente pode ser aplicada nos casos de atos normativos posteriores à Constituição.

3.2.3 Recepção e não recepção

A regra no direito brasileiro no tema de controle de constitucionalidade se sustenta na análise de leis ou atos normativos editados na vigência de determinada constituição. Ou seja, a análise de normas anteriores ao texto constitucional não pode ser matéria de julgamento de constitucionalidade, sendo apenas apreciada a sua recepção ou não recepção. Objetivando saber se a norma poderá entrar no sistema jurídico atual, ou se será vedada essa hipótese, a análise do efeito dessa recepção ou não recepção acarretará sua manutenção no ordenamento jurídico ou a sua revogação do sistema.

Sendo assim, na situação em que uma determinada norma passa a ser incompatível materialmente com a nova Constituição, os efeitos produzidos durante todo o seu período de vigência serão mantidos até a promulgação da nova ordem constitucional. Não há que se falar em desconstituição dos efeitos produzidos, tendo em vista que a situação em concreto é uma hipótese de revogação. De outro modo, caso a norma esteja em consonância material com a nova carta magna, ela será recepcionada pelo novo ordenamento jurídico, passando a ter natureza de norma análoga a prevista no novo texto.

Diante do mencionado, surge o questionamento sobre a necessidade de compatibilidade formal com o novo texto. O que seria isso? A compatibilidade formal é o respeito ao procedimento legislativo previsto no texto constitucional para a elaboração de determinadas leis ou atos normativos.

A título de exemplo, na atual carta constitucional é exigido quórum diferenciado para a aprovação de uma lei complementar. Caso este quórum não seja respeitado, ocorre vício de inconstitucionalidade no processo legislativo, o que acarretaria a declaração de inconstitucionalidade formal da referida norma.

Nesse ponto, a doutrina e jurisprudência brasileira são pacíficas no sentido da não necessidade de compatibilidade formal das normas pré-constitucionais em relação ao novo texto.

Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, *a contrario sensu*, a norma infraconstitucional (pré-constitucional), que não contrariar a nova ordem, será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma outra “roupagem”. Como exemplo lembramos o CTN (Código Tributário Nacional — Lei n. 5.172/66), que, embora tenha sido elaborado com natureza jurídica de lei ordinária, foi recepcionado pela nova ordem como lei complementar, sendo que os ditames que tratam das matérias previstas no art. 146, I, II e III, da CF só poderão ser alterados por lei complementar, aprovada com o quórum da maioria absoluta (art. 69). Pode-se afirmar, então, que, nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção. Nessa situação, acrescente-se, inadmite-se a realização de controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), por falta de previsão no art. 102, I, “a”, da CF/88. O controle de constitucionalidade pressupõe a existência de relação de contemporaneidade entre o ato normativo editado e a Constituição tomada como parâmetro ou paradigma de confronto (ADI 7, Pleno, j. 07.02.1992). Deve-se destacar desde já, contudo, que, apesar de não ser cabível o aludido controle de constitucionalidade concentrado pela via da ação direta de inconstitucionalidade genérica, será perfeitamente cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental — ADPF, introduzida pela Lei n. 9.882/99.42. (LENZA, Pedro, 2018, p.268).

Dessa forma no julgamento de compatibilidade ou não, se observa apenas os aspectos materiais do ordenamento jurídico em vigor.

4 DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ANTERIOR À CFRB (1988) EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO.

Depois de trazidos diversos conceitos introdutórios e de sintética explanação da matéria, chega-se ao ponto principal do presente trabalho. A relevância do tema é levantada pelo fato da pouca produção jurídica e de pouco se falar a respeito, seja na seara acadêmica, nos diversos cursos de direito pelo Brasil a fora, seja nos manuais ou livros da disciplina de Direito Constitucional.

Além de ser um tema pouco debatido, é, no mais das vezes, bastante confundido. Muito se pensa, e é difundido, que ao ser analisada uma norma infraconstitucional anterior a atual constituição, por meio de uma ADPF, está se realizando controle de constitucionalidade.

É pacífico e de uma notória facilidade que a ADPF é a única das ações de controle que pode analisar o direito pré-constitucional, mas isso, não necessariamente, quer dizer que esta análise seja de constitucionalidade.

Antes de aprofundar no tema, é de grande importância a realização de alguns comentários iniciais. Como bem claro na denominação do presente tópico, a sua ideia central é entender como se pode realizar o controle de constitucionalidade de uma norma anterior a CFRB/88. Como já bem explicitado no trabalho, a análise de constitucionalidade de uma norma, no Brasil, só pode ocorrer tendo como parâmetro a constituição vigente no momento de criação da norma.

Dessa forma, jamais será possível, por exemplo, analisar a constitucionalidade do Código Penal Brasileiro (1940) em relação à Constituição Federal de 1988. Isto porque, o Código Penal foi criado sob a égide de outra constituição (1937), não podendo, por conseguinte, ser declarada inconstitucional com base na CFRB/88.

Após esse primeiro apontamento, já é possível verificar que, quando uma norma anterior a atual ordem constitucional é analisada por meio de uma ADPF, as possíveis consequências do julgamento não serão pautadas em análise de constitucionalidade, mas sim em juízo de recepção ou não recepção. Conforme disposto nos tópicos anteriores, a consequência desse juízo acarretará a manutenção dos textos normativos ou a sua revogação. E como de praxe, os efeitos decorrentes de uma revogação são efeitos futuros, ou seja, *ex nunc*, em que se é preservado todos os atos anteriormente praticados.

Vale apontar, inclusive, que essa análise da compatibilidade material de normas anteriores a CRFB 88 pode ser apreciada pelo Judiciário tanto em sede de controle difuso, como também em sede de controle concentrado, pela já mencionada ADPF.

A ADPF é criação da atual carta magna, com previsão expressa no § 1º do Art. 102 da CRFB, sendo competente para o seu julgamento o STF. Possui, ainda, regulamentação na Lei n. 9.882/1999, que em seu Art. 1º e parágrafo único estabelece as três hipóteses de cabimento da ADPF.

Art. 1 - (i) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (ii) para reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (iii) e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (BRASIL, 1999).

Conforme defendido, é pacífico o entendimento de que a ADPF é a única das ações de controle que possuem capacidade de analisar o direito ordinário anterior a

constituição de 1988.

CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE-INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE (ADI 514/PI, REL. MIN. CELSO DE MELLO – ADI 595/ES, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL – CÓDIGO ELEITORAL, ART. 224 – INVIABILIDADE DESSA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO . - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato . - A superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. (STF - ADI: 4222 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-09-2014 PUBLIC 02-09-2014)

Há mais. Em todas as ADPFs em que se apreciou o mérito ajuizadas perante o STF até o presente momento versando sobre direito pré-constitucional, a conclusão da corte não foi pela declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessas normas, mas sim pela recepção ou não. Veja-se, como exemplo, as conclusões exaradas nas ADPFs 33 e 130: ADPF n. 33: “15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) (ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873).”, e ADPF n. 130: “Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (STF - ADPF: 130 DF , Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001).”

De toda forma, essa análise pela ADPF se limita, como já mencionado, a compatibilidade material com a nova constituição, não havendo possibilidade de decretação de inconstitucionalidade. Consequentemente não há como desconstituir relações jurídicas anteriores, visto que, no máximo, as normas serão revogadas, permanecendo os efeitos produzidos até sua revogação. .

Mais uma vez, então, se questiona acerca da possibilidade da decretação de inconstitucionalidade de norma anterior a constituição vigente. A única resposta

possível pode ser encontrada na análise da lei ou ato normativo em sede de controle difuso. Já estando sedimentado, e foi bastante repetido durante o presente trabalho, que a análise de constitucionalidade exige como parâmetro a constituição vigente no momento do nascimento da norma jurídica.

Assim, quando se está diante de um caso concreto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a análise da norma é realizada com base na CF em que foi criada, surgindo assim a possibilidade de declarar uma norma anterior à atual CF, como inconstitucional. Isto é, no controle difuso de constitucionalidade é cabível a averiguação de constitucionalidade de normas antigas, tendo como base constituições antigas.

De modo diverso do que se verifica com o controle abstrato de normas, que tem como parâmetro de controle a Constituição vigente, o controle incidental realiza-se em face da Constituição sob cujo império foi editada a lei ou ato normativo. Assim, não é raro constatar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma editada sob a vigência e em face da Constituição de 1967/1969. No julgamento do Recurso Extraordinário 148.754404, rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* de 4-3-1994, o Supremo Tribunal Federal reafirmou entendimento no sentido de que a constitucionalidade de normas jurídicas que foram promulgadas antes da entrada em vigor da Constituição de 1988 deve ser aferida, na via de controle difuso, de acordo com a Constituição vigente à sua época. No julgamento do RE 145.018, o Min. Moreira Alves destacou que, em se tratando de lei que entrou em vigor antes da promulgação da Constituição de 1988 e que é atacada em face da Emenda Constitucional n. 1/69 e da atual Carta Magna, impõe-se que se examine, primeiro, a alegação de inconstitucionalidade em face da referida Emenda, e, se repelida, a de que não foi ela recebida pela atual Constituição, tendo sido, pois, revogada. No julgamento do RE 145.018, o Min. Moreira Alves destacou que, em se tratando de lei que entrou em vigor antes da promulgação da Constituição de 1988 e que é atacada em face da Emenda Constitucional n. 1/69 e da atual Carta Magna, impõe-se que se examine, primeiro, a alegação de inconstitucionalidade em face da referida Emenda, e, se repelida, a de que não foi ela recepcionada pela atual Constituição, tendo sido, portanto, revogada. Registre-se, finalmente, que se aplicam a exigência quanto ao *quorum* especial (CF, art. 97) e as regras sobre a suspensão de execução da lei (CF, art. 52, X). (MENDES, Gilmar Ferreira, 2018, p.1883).

Os juízes e Tribunais, no julgamento de casos particulares, em sede de controle incidental, podem analisar normas anteriores a CFRB (1988) e, a depender do caso, entender que a aquela determina norma seja inconstitucional, não aplicando na situação em concreto, sendo possível, inclusive, a desconstituição das relações jurídicas que foram reguladas com base nessa norma que foi declarada inconstitucional.

Neste item será estudada a forma como o Poder Judiciário aprecia, hoje, a validade do direito pré-constitucional (anterior a 05.10.1988). As situações que ensejam análise são: (a) o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional em face da Constituição antiga (a que estava em vigor na época em que a norma objeto de controle foi editada); e [...] (PAULO; ALEXANDRINO. 2010, p. 53)

Nota-se, portanto, que é possível requerer ao Poder Judiciário, atualmente, sob a vigência da CFRB (1988), a declaração da invalidade de uma lei antiga em face da Constituição antiga, da época em que tal lei foi editada. Por exemplo, discutir a constitucionalidade de uma lei de 1970, *em confronto* com a Constituição de sua época, ou seja, a carta Magna de 1969.

Tal possibilidade existe, mesmo com a vigência de uma nova Constituição, pois continua sendo pertinente o debate acerca da validade das leis antigas em confronto com as Constituições pretéritas, da época da sua edição e aprovação.

Assim, no exemplo acima, a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei de 1970 deve ter como parâmetro o confronto com a Constituição de 1969, a provocação da manifestação do Poder Judiciário é admitida porque o indivíduo pode ter sido afetado por essa lei no período de vigência da Constituição de 1969.

Ou seja, até a véspera da data de outorga da CFRB (1988). Contudo, é possível ter interesse em afastar a aplicação dessa lei no período de 1970 até 04 de outubro de 1988 e, para tanto, deverá obter do Poder Judiciário a declaração de invalidade da lei referente àquele período.

Cabe evidenciar que, em hipóteses, na impugnação de direito pré-constitucional, a decisão judicial será uma declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, e não de revogação ou recepção, em virtude de a aferição da validade do direito questionado ser embasada na conformidade à Constituição da sua época, e não à atual CFRB (1988).

No controle do direito pré-constitucional em detrimento à Constituição de sua época, o Poder Judiciário examinará a norma objeto da ação em confronto com a Carta Magna pretérita em relação à natureza de compatibilidade material (de conteúdo) e, também, no tocante à natureza de compatibilidade formal, ou seja, a validade do procedimento de elaboração e verificação da substancialidade do instrumento normativo impugnado, tal como a Lei Ordinária ou Lei Complementar, formalmente exigido pela Constituição pretérita para tratar da matéria de que ele tratou.

No sistema brasileiro, em que o controle de constitucionalidade é visto como atividade jurisdicional comum (na hipótese do controle *in casu*, que é difuso), nada obsta a que o juiz da causa declare inválida norma editada antes da Constituição em vigor que não respeitou formalmente a Constituição que vigorava quando foi editada, ainda que a lei não se aparte, no seu conteúdo, da nova Carta. O mesmo pode ser afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Uma vez que vigora o princípio de que, em tese, a inconstitucionalidade gera a nulidade – absoluta – da lei, uma norma na situação em tela já era nula desde quando editada, pouco importando a compatibilidade material com a nova Constituição, que não revigora diplomas nulos. Confirmando essa visão entre nós, o Supremo Tribunal Federal registra precedentes, posteriores à Constituição de 1988, em que se resolveu problema de inconstitucionalidade formal de diplomas em face da Constituição vigente quando editados. Está claro que esses precedentes não se deram no contexto de controle de constitucionalidade em tese, mas *in casu*. Os precedentes, apreciados depois de entrar em vigor a Constituição de 1988, relacionavam-se com a possibilidade de decreto-lei, na vigência da Constituição Federal de 1967/69, dispor sobre o regime jurídico do PIS. O STF decidiu que, segundo a Constituição de 1969, o decreto-lei poderia ser editado para tratar de normas tributárias; entretanto, como o PIS, então, não tinha natureza de tributo, mas de contribuição, era formalmente inconstitucional o decreto-lei que dele se ocupasse. Nesse sentido também o magistério de Ives Gandra da Silva Martins, para quem o “texto inconstitucional não pode ser recepcionado pela nova ordem, mesmo que esta não considere inconstitucional o que a ordem pretérita assim considerava”. (MENDES, Gilmar Ferreira, 2018, p. 167).

Portanto, a lei deve estar em conformidade com a Carta Magna vigente na época de sua elaboração. Mesmo com a outorga de uma nova Constituição, caso seja constatada incompatibilidade material ou incompatibilidade formal entre a lei pré-constitucional e a Constituição de sua época, a lei será declarada inconstitucional. Sendo importante destacar que a fiscalização da validade do direito pré-constitucional em face da Constituição pretérita não pode ser realizada no STF através do controle abstrato.

As leis infraconstitucionais e atos normativos pretéritos à CFRB (1988) não podem ser declaradas inconstitucionais por via de controle abstrato/concentrado, mas somente através do instituto do controle difuso pelos juízes e tribunais. É vedada a hipótese de ser objeto de ADI, ADC ou ADPF, em virtude de o controle abstrato objetivar proteger apenas a Carta Magna vigente no momento do exercício, ou seja, só pode ser analisado em detrimento à CFRB (1988), em hipótese nenhuma para fazer valer os termos de Constituições pretéritas.

Nessa perspectiva apresentada, a envergadura do direito pré-constitucional em detrimento à Constituição de sua época apenas poderia ser debatida no controle difuso, a partir de um caso concreto, cuja lide pode ser encaminhada ao

conhecimento do STF, através de um Recurso Extraordinário (RE).

É de relevante importância, ainda, deixar clara a finalidade de se declarar inconstitucional a norma anterior a atual ordem constitucional. Em um primeiro momento é possível que se pense que não haveria diferença significativa entre a não recepção de uma norma e sua decretação de inconstitucionalidade. Porém, ao se realizar uma análise minuciosa, principalmente no que tange a produção de efeitos, infere-se que a não recepção de uma determinada norma, acarreta apenas a sua revogação, mantendo-se todas as relações jurídicas por elas reguladas, deixando de produzir efeitos apenas dali pra frente.

De outro modo, quando uma determinada norma é declarada inconstitucional, os efeitos decorrentes dessa declaração são retroativos. O STF, inclusive, em recente julgado, sedimentou o entendimento de que quando uma norma nasce inconstitucional, ela permanece inconstitucional.

Assim sendo, é plenamente possível, em sede de controle difuso, que se pleiteie a desconstituição, no caso concreto, das relações jurídicas que foram estabelecidas com base na determinada norma

Para uma melhor visualização das diferenças entre o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional em relação à Constituição vigente à sua época e em detrimento à Constituição futura, elaborou-se o Quadro 03:

QUADRO 03: Controle de Constitucionalidade do Direito Pré-Constitucional

Controle de Constitucionalidade do Direito Pré-Constitucional	
Em relação à Constituição de pretérita	Em relação à Constituição futura
Visa ao reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei	Visa ao reconhecimento da recepção ou da revogação da lei
Exame de compatibilidade material e formal	Exame somente da compatibilidade material
Só é realizado no controle difuso, diante de casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário	É realizado mediante controle difuso, diante de casos concretos, ou abstrato, mediante ADPF

Fonte: Adaptado de Paulo e Alexandrino (2010, p. 55)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da realização dessa pesquisa, pôde-se verifica de forma breve, mas clara, o conceito e as formas de controle de constitucionalidade presentes no Direito Constitucional Brasileiro, assim como diferenciar e compreender o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca de relevantes institutos do Direito Constitucional e do Direito Intertemporal como a recepção e não recepção, inconstitucionalidade

superveniente, desconstitucionalização, entre outros.

Pôde, ainda, compreender que todas as leis e os atos normativos elaborados e aprovados depois da atual Constituição Federal (1988) devem ter sua aferição de constitucionalidade apreciada sob o parâmetro da CFRB vigente (1988), seja através do Controle Concentrado ou do Controle Difuso.

Nessa perspectiva apresentada, de modo diverso, conclui-se que as normas implementadas antes da promulgação da CFRB (1988) não são cabíveis de análise da constitucionalidade tendo como parâmetro a atual Carta Magna, sendo possível apenas a verificação da sua compatibilidade material, cuja principal consequência jurídica é a recepção ou não recepção da lei ou ato normativo. Caso esteja materialmente de acordo, continuará vigente, caso contrário, ela será não recepcionada, cuja consequência e efeito da não recepção é a revogação.

Portanto, tona-se evidente que, tendo como referência a atual Carta Magna, apenas é possível declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, caso estes tenham sido editados após a constituição mencionada.

De modo contrário, foi demonstrado que mesmo quando se está diante de normas pré-constitucionais é possível aferir a sua constitucionalidade, desde que em parâmetro com a constituição vigente a sua época e desde que em sede de Controle Difuso, tendo em vista que as ações de controle abstrato, conforme já pacificado no Supremo Tribunal Federal, se limitam a tutelar a Constituição Federal de 1988.

Outro ponto relevante esclarecido no trabalho foi a diferenciação dos efeitos de uma não recepção de uma norma e de uma declaração de inconstitucionalidade. Nos casos de não recepção, a norma apenas deixa de produzir efeitos a partir da sua revogação.

Ou seja, todos os efeitos constituídos sob a sua égide permanecerão constituídos, diferentemente quando se está diante de uma norma decretada inconstitucional, em que os efeitos retroagem desde o momento do nascimento da norma, tratando-a como se não tivesse existido, desconstituindo as relações jurídicas regulamentadas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª edição. Editora Saraiva, 2006
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Ed. 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Editora Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHUELLER. Controle Difuso de Constitucionalidade. In: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. **Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. [pp. 140-144]