

A argüição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988*

Antonio G. Moreira Maués**

Patrick Menezes Colares***

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Razões Teóricas ou Institucionais? – 3. A ADIn nº 2: Crítica – 4. Possibilidades da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental Diante do Direito Anterior

1 – INTRODUÇÃO

A criação da “argüição de descumprimento de preceito fundamental” (ADPF) pelo art. 102, parágrafo único (atualmente § 1º), da Constituição de 1988, incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro um instituto até então desconhecido. Por esse motivo, a configuração que a ADPF deveria receber do legislador provocou polêmicas entre os constitucionalistas, alguns deles defendendo que o dispositivo servisse para criar uma ação nos moldes da *Verfassungsbeschwerde* alemã e do *recurso de amparo* espanhol, ampliando a tutela dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal.¹

** Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará. Membro do IBDC.

*** Bolsista de Iniciação Científica do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará

¹ Ver, por exemplo, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 559-560, e Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, pp. 327-331.

Essa idéia chegou a ser incorporada ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, mas o dispositivo que conferia direito de propositura a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” (art. 2º, II) foi vetado pelo Presidente da República.² Isso fez com que a Lei 9.882/99 regulamentasse o instituto mais como um instrumento de defesa da Constituição do que de defesa dos direitos fundamentais, dando um novo passo em direção ao predomínio do controle concentrado de constitucionalidade sobre o controle difuso no direito brasileiro.³

Essa conclusão é facilmente demonstrada por alguns elementos característicos da forma concentrada de controle presentes na referida lei, tais como a limitação da legitimidade ativa, conferida aos mesmos sujeitos da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I), e a eficácia contra todos e o efeito vinculante atribuídos às decisões na ADPF (art. 10, § 3º). Assim, os objetivos da Lei 9.882/99 podem ser resumidos em dois: possibilitar que o Supremo Tribunal Federal exerça por via direta o controle sobre atos do Poder Público que não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) ou ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e ampliar os mecanismos de que o mesmo dispõe para uniformizar a jurisprudência constitucional no país.⁴

O segundo desses objetivos tem por base o art. 1º, parágrafo único, II, que dispõe que também caberá a ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.” Isso permite que o Supremo Tribunal seja acionado de modo

² O § 1º deste artigo mantém a possibilidade, ainda que tênue, de qualquer cidadão buscar a proteção da ADPF, por meio da solicitação de sua propositura ao Procurador-Geral da República, o qual decidirá acerca do cabimento do ingresso em juízo. Reconstituiu-se, assim, o sentido do anteprojeto de lei elaborado pela comissão de juristas nomeada pelo Ministro da Justiça.

³ Se é verdade que a Constituição de 1988 já havia acentuado o papel do controle concentrado de constitucionalidade em nosso ordenamento, esse processo se desenvolve ainda mais após sua promulgação, especialmente por meio da criação da ação declaratória de constitucionalidade e o reconhecimento da eficácia contra todos e do efeito vinculante das decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade, que se estendem à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, de acordo com a Lei 9.868/99.

⁴ No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 30, 2000, p. 70.

mais célere do que pela via do recurso extraordinário para resolver questões constitucionalmente relevantes que tenham se tornado polêmicas no Judiciário. Por essa razão, a Lei 9.882/99 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competências que vão além daquelas já estabelecidas na Lei 9.868/99, que regulou a ADIn e a ADC. Assim, a ADPF permite que a liminar seja concedida pelo relator *ad referendum* do Plenário em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave (art. 5º, § 1º), enquanto a ADIn e a ADC contemplam a hipótese apenas no caso de período de recesso. Além disso, a liminar pode determinar não apenas a suspensão do julgamento dos processos, mas também dos efeitos das decisões judiciais “ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição” (art. 5º, § 3º).⁵

Tais dispositivos são aqueles que levantaram as maiores dúvidas acerca da constitucionalidade dessa lei.⁶ Sem embargo, pretendemos explorar neste trabalho as novas possibilidades abertas para a defesa da Constituição pelo art. 1º, parágrafo único, II, esteja ou não em jogo o interesse do Poder Executivo em ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal em determinadas matérias. Desse modo, além da inovação que representa o controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais, o dispositivo também permite que o Supremo Tribunal aprecie a recepção de leis ou atos normativos “anteriores à Constituição” de todos os níveis da federação.

⁵ Na ADPF nº 6, apresentada pelo Presidente da República, foi solicitada a concessão de medida liminar para suspender o andamento de todos os processos no Tribunal Regional Federal da 2ª Região envolvendo a correção de benefícios previdenciários com base no salário mínimo, questão que envolve a aplicação do art. 58 do ADCT da CF e a Lei 8.213/91.

⁶ Para alguns autores, a inovação é positiva por atender à “necessidade de um instrumento que permita um controle destes preceitos maiores, de forma a restaurar a ordem constitucional diante dos eventuais e indesejáveis ataques. Tal instrumento deve prever a possibilidade de se restaurar a unicidade do Judiciário, reunindo os feitos numa só interpretação, como espera qualquer cidadão.” (Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, *op. cit.*, pp. 73-74). Para outros, isso constitui uma forma de advocatória que concentra indevidamente nas mãos do Supremo Tribunal Federal a decisão sobre questões de inconstitucionalidade suscitadas incidentalmente (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, 2000). Essas críticas acabam levando ao questionamento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para ampliar sua atuação como legislador negativo, tendo em vista que o modo de sua composição e sua integração ao Poder Judiciário diferenciam-no do modelo dos Tribunais Constitucionais europeus. Essa é a questão que oferece o pano de fundo para as ações diretas de inconstitucionalidade apresentadas pela OAB tanto contra a lei em comento como contra a Lei 9.868/99.

Especialmente nesse último caso, a inovação é relevante tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que a ADIn não era instrumento hábil para apreciar a compatibilidade com a Constituição vigente de normas anteriores a ela. Isso significou que a tarefa de julgar essa matéria deveria ser cumprida de modo difuso pelo conjunto do Poder Judiciário.

No entanto, em países que passaram por regimes autoritários-burocráticos, como o Brasil, a cuidadosa verificação da recepção do direito anterior pela nova Constituição é importante para que ela se legitime como critério de validade do ordenamento jurídico. Isso porque tais regimes, respaldados por uma burguesia altamente oligopolizada e internacionalizada, caracterizam-se por interferirem amplamente na ordem jurídica, tendo em vista especialmente a consecução de dois objetivos: a estabilização da economia, de modo a conquistar a confiança do capital financeiro internacional, e o estabelecimento de rigorosos controles visando eliminar do cenário político os setores populares.⁷

No caso brasileiro, o grau de interferência no ordenamento jurídico foi especialmente acentuado tendo em vista a duração do regime autoritário e sua busca de institucionalização, que levou à promulgação da Constituição de 1967. Mesmo que essa Constituição – como é típico do autoritarismo – nunca tenha logrado estabilidade e legitimidade, o impacto dessas intervenções se faz sentir até os dias de hoje,⁸ além de ter tornado necessária a convocação de uma Assembléia Constituinte para que se reinstaurasse a democracia.

É verdade que a promulgação de uma nova Constituição democrática costuma ser precedida da revogação dos dispositivos que limitavam a participação política, tais como os referentes à organização partidária e sindical e à liberdade de expressão e imprensa. No entanto, a depuração do ordenamento jurídico das normas contrárias aos

⁷ Cf. Guillermo O'Donnell, “Tensões no estado burocrático-autoritário e a questão da democracia”. *In: Contrapontos. Autoritarismo e Democratização*. São Paulo: Vértice, 1986.

⁸ Um bom exemplo desse impacto é o número de 2.979 leis ordinárias promulgadas durante o regime militar, no período compreendido entre 7 de abril de 1964 e 14 de março de 1985.

novo regime constitucional é um trabalho cujas dimensões não podem ser abarcadas apenas pelo Poder Legislativo, exigindo também a participação do Poder Judiciário.

Isso decorre de que uma nova Constituição democrática, além de restituir ao povo a titularidade da soberania, geralmente amplia o catálogo dos direitos fundamentais. Assim, o detalhamento das normas que conflitam com os novos direitos e garantias – algumas delas inclusive anteriores ao período autoritário – é tarefa muito mais afeita ao Poder Judiciário, tendo em vista seu contato mais cotidiano com as demandas da cidadania.

Um bom exemplo do papel da jurisdição constitucional nesse contexto pode ser tirado da experiência recente de Portugal e Espanha, países nos quais a reconstitucionalização também surgiu como um dos principais pontos da agenda política quando o autoritarismo já demonstrava sua exaustão.

No caso português, cuja Constituição prevê expressamente a competência do Tribunal Constitucional para apreciar a constitucionalidade do direito anterior, no período de 1983 a 1992, 23 dos 112 acórdãos (21%) que decidiram pela inconstitucionalidade no exercício do controle abstrato sucessivo tiveram como objeto normas anteriores à Constituição, o mesmo ocorrendo com 141 dos 502 acórdãos (28%) que decidiram pela inconstitucionalidade no exercício do controle concreto.⁹

Já no caso espanhol, o controle por via direta (*recurso de inconstitucionalidad*) somente pode ser acionado dentro do prazo de três meses a partir da publicação da lei ou ato com força de lei. Esse prazo, contado a partir do início das atividades do Tribunal Constitucional, também foi aplicado às normas anteriores à Constituição, o que esgotou a via direta em outubro de 1980. Não obstante, manteve-se a atuação desse órgão no controle da constitucionalidade das normas anteriores à Constituição pela via incidental (*cuestión de inconstitucionalidad*), além das decisões em *recurso de amparo* e *conflicto constitucional*, cuja autoridade também se impõe nas questões acerca da recepção do direito anterior pela Constituição de 1978.

⁹ Cf. *Tribunal Constitucional*. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1993, pp. 74-75.

Assim, se quantitativamente não são expressivas as decisões do Tribunal Constitucional nessa matéria, elas incidiram sobre questões sensíveis para afirmação da nova ordem constitucional, considerando inconstitucionais artigos das *Leyes de Bases de Régimen Local*, de 1955, por ferirem o princípio da autonomia dos entes locais estabelecido na Constituição (*Sentencia del Tribunal Constitucional – STC - 4/81*); do *Real Decreto-ley 17/77*, por restringirem o direito de greve (STC 11/81); da *Ley de Prensa e Imprenta*, de 1966, por restringirem a liberdade de expressão e informação (STC 52/83); e do *Decreto-ley* de 2.9.1955, que garantia pensão de viuvez apenas para as mulheres, violando o princípio da igualdade entre os sexos (STC 142/90). É interessante observar que, nessa atividade, até mesmo dispositivos do *Código Comercial* e da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ambos do século XIX, somente foram consideradas em vigor por meio de uma interpretação conforme a Constituição.

A verificação da importância que o controle da constitucionalidade do direito anterior assume em outros países nos leva a examinar as possibilidades que a ADPF oferece nesse campo. Neste artigo, nossa análise será desenvolvida a partir de uma reflexão sobre as questões teóricas e institucionais levantadas pelo problema da recepção, incluindo a crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, para ao final apresentar alguns casos aos quais o novo instituto poderia ser aplicado.

2 – RAZÕES TEÓRICAS OU INSTITUCIONAIS?

A diversidade de soluções apresentadas no direito constitucional comparado ao problema da verificação da compatibilidade do direito anterior com a nova Constituição permite-nos constatar que ele pode ser abordado tanto a partir de referências teóricas quanto de referências institucionais.

No plano teórico, o debate gira em torno de saber se a nova Constituição opera a *revogação* das normas anteriores que a contrariam ou se provoca a

inconstitucionalidade superveniente dessas normas. Essa discussão decorre de que as antinomias existentes entre a nova Constituição e o direito anterior podem ser resolvidas pela aplicação de dois critérios: o hierárquico, em que a Constituição prevalece sobre as normas anteriores em razão de sua supremacia, e o cronológico, em que a Constituição prevalece sobre as normas anteriores em razão de seu caráter de lei posterior.¹⁰

Como se sabe, a aplicação de mais de um desses critérios ao mesmo caso pode levar, algumas vezes, a resultados divergentes, o que requer outros critérios para resolvê-los. É o caso típico do juízo sobre a constitucionalidade das normas posteriores à Constituição, quando o critério cronológico cede ao critério hierárquico em virtude da primazia que se atribui à estrutura escalonada do ordenamento jurídico.

No entanto, no caso de conflito entre a Constituição e normas anteriores a ela, a aplicação do critério hierárquico e do critério cronológico leva à mesma solução, ou seja, à prevalência das normas constitucionais. Qual seria, então, a razão da polêmica? A resposta a essa questão encontra-se no plano institucional: saber a quem cabe a competência para decidir acerca da recepção do direito anterior pela nova Constituição. Assim, a tese da revogação implica reconhecer a competência de qualquer juiz para deixar de aplicar uma norma que perdeu a vigência por não ter sido recepcionada pela nova Constituição, enquanto a tese da inconstitucionalidade superveniente sugere que apenas o órgão a que tiver sido atribuída competência para declarar a inconstitucionalidade poderá afastar a aplicação de normas anteriores.

É fácil perceber que a polêmica é especialmente relevante nos países que adotaram o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, já que nesse caso somente o Tribunal Constitucional possui aquela competência. Mas a convivência do controle concentrado e do controle difuso no direito constitucional brasileiro não significa que a questão tenha um interesse apenas teórico entre nós, pois mesmo antes da atual ordem constitucional uma característica do controle difuso no Brasil lhe

¹⁰ O terceiro critério de solução de antinomias, pelo qual a lei especial prevalece sobre a lei geral, não costuma ser utilizado nessa discussão. No entanto, ele é importante para verificar quais são os limites do poder legislativo no exercício de sua função concretizadora da Constituição, o que é ainda mais difícil aferir quando se trata do legislador anterior.

atribuía importância prática: a exigência de maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, hoje incorporada no art. 97 da Constituição de 1988. Assim, compreendia-se que, caso fosse adotada a tese da inconstitucionalidade superveniente, esse dispositivo também deveria ser aplicado às decisões sobre o direito anterior, o que não seria necessário caso fosse adotada a tese da revogação.¹¹

Os argumentos a favor de um e outro ponto de vista podem ser resumidos do seguinte modo:

a) teoria da revogação (critério cronológico):

- a inconstitucionalidade é um juízo que só pode ser feito em relação à Constituição vigente à época da promulgação da lei, pois é ela que estabelece os limites para o exercício do poder legislativo no momento em que a lei foi elaborada;
- a sanção para a inconstitucionalidade de uma lei é a nulidade, que implica considerá-la inválida. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de normas anteriores à Constituição levaria a que uma mesma lei pudesse ser válida durante um determinado tempo (sob a Constituição anterior) e inválida a partir da entrada em vigor da nova Constituição, o que provocaria efeitos *ex tunc* e *ex nunc* dentro do mesmo sistema;
- a negação de efeitos revogatórios à Constituição significa diminuí-la em relação às leis infraconstitucionais, nas quais eles são pacificamente reconhecidos.

b) teoria da inconstitucionalidade superveniente (critério hierárquico):

- ao entrar em vigor, a Constituição modifica o fundamento de validade do ordenamento jurídico, o que implica que a constitucionalidade de todas as

¹¹ Outra dimensão teórica da polêmica encontra-se nos efeitos da decisão. Para aqueles que consideram que a declaração de inconstitucionalidade gera somente efeitos *ex nunc*, a teoria da revogação permitiria considerar que a norma foi expulsa do ordenamento jurídico desde a entrada em vigor da nova Constituição, enquanto a teoria da inconstitucionalidade superveniente somente reconheceria esse efeito a partir da decisão que declarasse a inconstitucionalidade. Não obstante, essa dimensão é menos relevante para nossos propósitos, tendo em vista que a prática do controle de constitucionalidade no Brasil tende claramente para a teoria da nulidade *ab initio* do ato inconstitucional.

- normas, inclusive das que lhe são anteriores, deve ser apreciada de acordo com o novo parâmetro;
- a verificação da compatibilidade da Constituição com as demais normas do ordenamento é sempre um juízo de constitucionalidade. Assim, no caso de normas anteriores à Constituição, a revogação é um efeito da declaração de inconstitucionalidade;
 - o critério cronológico somente se aplica a normas de mesmo nível hierárquico, o que não é o caso da relação Constituição/normas anteriores.¹²

Para esclarecer as diferenças entre essas duas teorias, deve-se notar que nelas estão presentes dois conceitos distintos de inconstitucionalidade. No primeiro caso, a inconstitucionalidade é considerada um juízo acerca da validade de uma norma em relação à Constituição em vigor no momento em que ela foi editada; no segundo caso, a inconstitucionalidade é qualquer juízo acerca da compatibilidade de uma norma com a Constituição.

Não se pode deixar de reconhecer que a segunda teoria, ao recusar um conceito ortodoxo de inconstitucionalidade, oferece-nos uma visão mais ampla do problema, permitindo inclusive tratar a revogação como um efeito da declaração de inconstitucionalidade quando esta se refere ao direito anterior. Além disso, cabe lembrar que a nulidade é somente um dos efeitos possíveis da declaração de inconstitucionalidade, e que mesmo a eficácia *ex tunc* tem sido moderada pela prática da jurisdição constitucional.

Isso indica que a questão não se resolve em abstrato, mas de acordo com a prática constitucional. Assim, o debate teórico entre revogação e inconstitucionalidade superveniente muitas vezes obscurece o fato de que ambos os conceitos são meramente

¹² Uma outra posição é a que reconhece a possibilidade de aplicação de cada critério a situações distintas. Assim, o critério cronológico operaria quando a incompatibilidade entre normas anteriores e Constituição fosse flagrante, enquanto o critério hierárquico seria utilizado nos casos em que houvesse dúvidas acerca dessa incompatibilidade. Ver Luciano Parejo, “La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida (A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema)”. *Revista de Administración Pública*, nº 94, 1981.

instrumentais, ou seja, buscam oferecer soluções para problemas existentes no ordenamento jurídico, as quais podem ser ou não adotadas pelo legislador.

Essa característica contingente acompanha os próprios critérios de soluções de antinomias, que devem ser vistos como convenções estabelecidas pela doutrina. Para Karl Engisch, por exemplo, os critérios de solução de antinomias “não são uma evidência lógica”, dando como exemplo o critério cronológico: “tempos houve em que se conferia preferência ao Direito anterior sobre o posterior, porque o Direito antigo era o bom Direito.”¹³

Isso ocorre porque a própria fundamentação desses critérios varia no decorrer da história. Modernamente, é a noção dominante do direito como emanção da vontade do soberano que justifica sua configuração para proteger essa vontade contra um legislador anterior (critério cronológico) e, acima de tudo, contra um legislador inferior (critério hierárquico).¹⁴

Assim, não se deve desconhecer que ambas as soluções podem ser adotadas e que, portanto, a questão não se sujeita a um juízo sobre a verdade das duas teorias. Aqui, não se trata de buscar de que lado está a *razão*, mas qual a solução que melhor se adapta ao ordenamento jurídico que se tem como objeto.

Por isso, o problema assume uma feição decididamente institucional. Trata-se de verificar como o direito positivo define a competência para apreciar a compatibilidade de suas normas com a Constituição e, caso essa definição contenha zonas ambíguas, evitar o equívoco de resolvê-la com base somente em argumentos teóricos que não podem ser considerados vinculantes, já que não se tratam de regras de razão, nem se

¹³ *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 314. Essa inversão de prioridade no critério cronológico também é destacada por Norberto Bobbio no contexto da recepção do direito romano na Idade Média. Ver “Sobre los critérios para resolver antinomias”. In: *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1990. pp. 348-349.

¹⁴ Cabe lembrar que a superioridade do legislador constituinte na teoria constitucional clássica decorre de seu caráter mais acentuadamente democrático, como aponta especialmente Hamilton, no Federalista nº 78. Por outro lado, o critério da especialidade parece mais ligado à preocupação com a realização da justiça no caso concreto do que com a proteção da vontade do legislador.

constituem em decisões do legislador. Em casos como esse, o papel da teoria do direito é examinar as diferentes soluções cabíveis num determinado ordenamento e indicar aquela que melhor atende à defesa da Constituição, oferecendo um parâmetro para a decisão a ser tomada pelo órgão competente.

Em apoio a essa tese, podemos examinar de que modo o problema da recepção do direito anterior à Constituição foi solucionado em alguns dos países que adotaram o sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Nesses casos, como vimos, a utilização da teoria da revogação significaria que os juízes e tribunais ordinários poderiam deixar de aplicar normas anteriores à Constituição se considerassem que esta as revogara, ao passo que se fosse aplicada a teoria da inconstitucionalidade superveniente, somente o Tribunal Constitucional poderia decidir acerca da matéria.

No entanto, à exceção do caso italiano, que optou pela teoria da inconstitucionalidade superveniente, os demais casos que nos servem de referência não adotaram de modo inequívoco nenhuma das duas soluções.¹⁵ Tanto o Tribunal Constitucional alemão quanto o Tribunal Constitucional espanhol admitem que a justiça comum decida se uma determinada norma anterior à Constituição foi ou não por ela recepcionada, mas isso não exclui a competência daqueles Tribunais para declarar pela via direta a inconstitucionalidade superveniente do direito anterior e, no caso espanhol, também pela via incidental.¹⁶ No direito constitucional português, a existência de um sistema misto, concentrado e difuso, também não exclui a competência do Tribunal Constitucional sobre a matéria.¹⁷

¹⁵ Essa característica da jurisdição constitucional na Itália também pode ser explicada por razões institucionais, pois vincula-se à necessidade de desmontar a ordem jurídica do fascismo, sobretudo em matéria de liberdades, tarefa que não vinha sendo adequadamente cumprida pela jurisdição ordinária. Cf. Massimo Luciani, “La Corte Costituzionale nella Forma di Governo Italiana”. In: Giovanni Spadolini *et alli*, *La Costituzione Italiana Quarant’Anni Dopo*. Facoltà di Scienze Politiche dell’Università di Pavia, 1989.

¹⁶ Cf. Luciano Parejo, *op. cit.*, e Manuel Aragón, “La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981.

¹⁷ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1983. pp. 347-351.

A justificativa dessas soluções heterodoxas encontra-se na busca da ampliação dos mecanismos de defesa da Constituição, dentro dos limites impostos pela divisão de poderes. No caso alemão, o fundamento da competência da justiça comum encontra-se na consideração de que o monopólio da declaração de inconstitucionalidade que cabe ao Tribunal Constitucional visa proteger a vontade do legislador frente ao Poder Judiciário, o que não é necessário quando se trata de um direito que é produto de vontade anterior à Constituição e que não pode prevalecer diante desta. Dado esse reconhecimento, veda-se aos juízes recorrer à via incidental para fazer com que o Tribunal Constitucional decida acerca da recepção do direito anterior, o que somente é possível pela via direta.

Já no caso espanhol, como vimos, a modalidade abstrata do *recurso de inconstitucionalidad* não pôde mais ser utilizada para o controle da constitucionalidade do direito anterior. Essa é a razão de que, ao contrário do direito alemão, admita-se a via incidental para levar ao Tribunal Constitucional as dúvidas de juízes e tribunais acerca da recepção, já que de outra forma a questão não poderia ser decidida com eficácia contra todos e efeito vinculante aos poderes públicos, dificultando a uniformização do entendimento jurisprudencial.

Por fim, em Portugal, é a própria Constituição que estabelece a competência do Tribunal Constitucional para decidir acerca da recepção do direito anterior, como se infere de seu artigo 282º, nº 2, que trata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por infração de norma constitucional posterior.¹⁸

O modo como essas questões foram tratadas pelo Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988 é o objeto da seção seguinte.

¹⁸ Um outro argumento a favor da participação do Tribunal Constitucional nessa matéria é que ele estaria mais capacitado para resolver o problema tendo em vista a abertura das normas constitucionais, que pode dificultar a decisão acerca da compatibilidade do direito anterior com a Constituição. Por exemplo, a primeira sentença do Tribunal Constitucional espanhol sobre a matéria fundamentou-se na aplicação do princípio constitucional da autonomia dos entes locais, cuja configuração ainda estava indefinida àquela altura.

3 – A ADIN Nº 2: CRÍTICA

O caso em que o Supremo Tribunal Federal afirmou sua posição sobre a matéria originou-se de ação direta de inconstitucionalidade apresentada pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino contra os artigos 1º e 3º do Decreto-Lei nº 532/69 e os artigos 2º, 3º, 4º e 5º do Decreto Federal nº 95.921/88, que além de atribuírem competência aos Conselhos Estaduais de Educação para fixar e reajustar os preços dos serviços educacionais (mensalidades, taxas e contribuições) pagos aos estabelecimentos privados de ensino, dispunham sobre critérios, fórmulas, índices e tetos para fixação desses preços (RTJ 169/763-825). Nessa ação, os votos dos Ministros Paulo Brossard (relator), Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Moreira Alves, que expuseram mais longamente seus pontos de vista, contêm de modo completo as diferentes posições teóricas sobre a questão.

Assim, a tese da revogação é apresentada pelo Min. Brossard nos seguintes termos: “Com efeito, que vem a ser uma lei inconstitucional? A lei que contraria a Constituição. Por isto ela pode ser definida como uma lei que o Congresso fez, sem poder fazer. Por que não podia fazê-la? Porque não estava em sua competência, porque escapava de suas atribuições, competência fixada pela Constituição, atribuições por ela demarcadas. E porque fez a lei que não podia fazer, agiu *ultra vires*, além dos seus poderes, fora de suas atribuições, ao arripio de sua competência. Contrariando a Constituição. (...) Mas que Constituição será esta que limita e legitima a competência do Poder Legislativo ao fazer a lei? Não pode ser outra senão a Constituição em vigor.” (RTJ 169/774).

Também o Min. Celso de Mello defende a mesma tese: “(...) não é menos exato que o parâmetro de contraste há de ser o texto constitucional vigente no momento da emanção do ato inferior – relação de contemporaneidade –, posto que a constitucionalidade, ou não, de uma lei deve ser aferida originariamente em relação à Constituição existente à época em que o ato legislativo foi editado.” (RTJ 169/786)

A tese contrária, da inconstitucionalidade superveniente, é defendida pelo Min. Sepúlveda Pertence: “(...) na perspectiva da nova ordem constitucional, sejam as normas recebidas, porque compatíveis, sejam as normas repelidas, porque inconciliáveis com a lei fundamental, superveniente, todo o direito ordinário anterior, enfim, é tratado como se a data de sua vigência fosse a mesma da Constituição, tanto quanto esta o receba, quanto quando o repila. (...) Segue-se daí a importância fundamental do ponto assentado. Ele permite afirmar (...) que não existe diferença substancial de natureza e de eficácia temporal entre a declaração de inconstitucionalidade da lei posterior à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade superveniente. (...) Ao contrário, *data venia*, a verdade é que, também a inconstitucionalidade superveniente pode ser interpretada como nulidade *ab origine*, suscetível de ser declarada com efeitos *ex tunc*, se se tem na devida conta que, sob o prisma do ordenamento superveniente, à luz do qual se lhe afere a invalidez, a norma repelida, a exemplo da norma recebida, há de considerar-se como se fora datada da promulgação da Constituição nova.” (RTJ 169/806).

Apesar do destaque ser dado às questões teóricas, as questões institucionais também aparecem na fundamentação de alguns votos. É o caso especialmente do Min. Sepúlveda Pertence, que assume como uma das razões de sua preferência pela tese da inconstitucionalidade superveniente “que a consequência básica da sua adoção – o cabimento da ação direta –, é a que serve melhor às inspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Reduzir o problema às dimensões da simples revogação da norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior – se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade –, redundaria em fechar-lhe a via da ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o País, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias freqüentemente tortuosas do sistema de recursos.” (RTJ 169/797)

Isso não implicaria um monopólio do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, que teria o inconveniente de retardar a imposição da norma superior, já que no Brasil coexistem os dois sistemas: “as vantagens de rapidez, uniformidade e definitividade da

ação direta não prejudicarão que, nos casos concretos, em todos os escalões da estrutura judiciária, se imponha de imediato a prevalência da Constituição.” (RTJ 169/798). E ainda: “Estou consciente, por sua vez, de que a opção, que o problema impõe, não é apenas técnica. É de alta política constitucional: admitida a razoabilidade jurídica das várias soluções aventadas, a eleição, entre elas, por um Tribunal como este há de guiar-se no sentido que se lhe apresente como a mais adequada à efetividade da Constituição, que é o cometimento fundamental desta Casa. “ (RTJ 169/811).

Esse problema não passa despercebido mesmo pelos Ministros que compuseram a maioria do Supremo Tribunal nessa questão. Assim, o Min. Carlos Velloso afirma que: “Se não tivéssemos o controle de constitucionalidade difuso, penso que seria razoável adotar o entendimento do Ministro Pertence, que se apóia em autores europeus, que reivindicam, mesmo no caso de lei anterior à Constituição nova, a apreciação da questão no controle concentrado. Convém registrar que a Europa não adota o controle difuso. No Brasil, entretanto, que tem o controle difuso, não há razão para adotarmos a postura dos autores europeus.” (RTJ 169/822).

Trazendo o problema para o campo institucional, qual seria a solução mais adequada ao direito brasileiro? De início, cabe lembrar que, em termos amplos, a defesa da Constituição não cabe apenas ao Poder Judiciário. Todos os poderes, no exercício de suas funções, também são responsáveis por essa defesa, como exemplificam as Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo e a prerrogativa do veto atribuída ao Poder Executivo. Esse reconhecimento nos conduz à premissa de que os mecanismos de controle de constitucionalidade devem ser ampliados até os limites impostos pela divisão de poderes, o que implica que o Poder Judiciário não pode invadir a esfera de competência dos demais poderes mesmo em nome da defesa da Constituição.

Vale observar que a busca da preservação da divisão de poderes é uma das razões que se encontram na raiz da criação do modelo europeu de controle judicial da constitucionalidade, que concentrando-o em um tribunal especialmente criado para esse fim e desvinculado do Poder Judiciário, buscava impedir a interferência desse Poder nas

decisões do Legislativo.¹⁹ Como vimos, esse argumento é decisivo para as soluções dadas pelo direito constitucional alemão e espanhol ao problema da competência para julgar a recepção do direito anterior pela nova ordem constitucional, pois nelas se preservam as prerrogativas do Tribunal Constitucional, do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

De acordo com esse raciocínio, a divisão de poderes no caso brasileiro não seria afetada pela utilização concorrente da via direta e da via incidental para decidir acerca da compatibilidade do direito anterior com a Constituição, tendo em vista que a existência do controle difuso já permite que qualquer órgão judiciário declare a inconstitucionalidade das leis e atos normativos posteriores, e que a apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal pela via direta seria apenas mais uma dimensão de seu papel de guardião da Constituição, trazendo ainda a vantagem de aumentar a segurança jurídica nas questões sobre recepção que lhe fossem submetidas.

A ressalva a esse posicionamento poderia advir de um questionamento apresentado pelo Min. Moreira Alves na ADIn aqui analisada, levantando a hipótese de que uma lei inconstitucional sob a Constituição de 1969 poderia ter-se tornado constitucional sob a Constituição de 1988. Assim, pela via direta, que serve somente à defesa da Constituição vigente, o Supremo Tribunal Federal teria que considerar tal lei constitucional. Já se sua constitucionalidade fosse apreciada em sede de recurso extraordinário, ela teria que ser considerada inconstitucional em razão da adoção da Constituição anterior como parâmetro (RTJ 169/814-815).

Essa questão, na verdade, revela muito mais os inconvenientes da adoção de um sistema híbrido como o brasileiro para a guarda da Constituição. O reconhecimento desse possível problema, no entanto, deve ser contraposto aos ganhos para a defesa da Constituição trazidos pela solução contrária. Assim, nota-se que a solução adotada no caso brasileiro é, ao lado da italiana, a única que limita a apreciação da compatibilidade do direito anterior a uma única via, o que sem dúvida reduz as possibilidades de

¹⁹ Cf. Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992, e Louis Favoreu. “Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle”. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. IV, 1988.

garantia da supremacia constitucional. Esse nos parece ser um argumento com carga suficiente²⁰ para modificar a vetusta jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria.

Adotando esse ponto de vista, o Supremo Tribunal Federal poderia utilizar-se do art. 11 da Lei 9.882/99 para declarar a inconstitucionalidade de normas anteriores à Constituição. Mas, mesmo que essa mudança não ocorra, ainda assim o novo instituto permite uma decisão de caráter concentrado sobre sua recepção, cuja utilidade iremos explorar na seção seguinte.

4 – POSSIBILIDADES DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL DIANTE DO DIREITO ANTERIOR

Sem pretensões exaustivas, podemos encontrar vários casos que demonstram como o Poder Judiciário tem sido chamado a decidir acerca da recepção do direito anterior pela Constituição de 1988. Dentre aqueles em que os tribunais concluem pela sua revogação, a maioria referente a direitos fundamentais, podemos citar:

- a) os arts. 393, II e 408, § 1º, do Código de Processo Penal, que prevêm o lançamento do nome do réu no rol dos culpados como efeito, respectivamente, da sentença condenatória recorrível e da sentença de pronúncia, revogados pelo art. 5º, LVII, da CF (TJSP – RT 701/310, RT 702/424 e RT 729/486);
- b) o art. 186 do Código de Processo Penal, que permite que o silêncio do acusado seja interpretado em prejuízo da sua defesa, revogado pelo art. 5º, LXIII e LVII, da CF (STF – RTJ 753/538 e TJSP – RT 709/313);
- c) o art. 35 da Lei de Falências, que prevê a prisão no processo falimentar, revogado pelo art. 5º, LXVII, da CF (STF – RT 755/168);
- d) o art. 57, II, e, da Lei 4.117/62, referente ao sigilo telefônico, não foi recepcionado para efeitos do art. 5º, XII, da CF (STF – RDA 195/229);

²⁰ Segundo Robert Alexy, os argumentos que visam afastar um precedente assumem uma carga de argumentação maior do que aqueles que pretendem manter o precedente. Ver *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 261-265.

- e) o art. 4º, I, do Decreto 83.284/79, que exige a nacionalidade brasileira para a obtenção do registro de jornalista, revogado pelo art. 5º, *caput* e XIII, da CF (TRF 1ª Região – RT 733/385);
- f) o art. 76, parágrafo único, da Lei 5.764/71, que previa a interferência estatal no processo de liquidação extrajudicial em cooperativa, revogado pelo art. 5º, XVIII, da CF (1º TACiv/SP – RT 726/306 e RT 759/242);
- g) o art. 36, parágrafo único, II, da Lei 6.515/77, que exige o cumprimento de obrigações entre o casal para que a separação se converta em divórcio, revogado pelo art. 226, § 6º, da CF (TJSP – RT 733/221, RT 746/228, RT 748/234 e RT 761/311);
- h) o art. 378 do Código Civil, que prevê que os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, revogado pelo art. 227, § 6º, da CF (TJSP – RT 728/234);
- i) o art. 12 do Decreto 89.312/84, que considerava para fins de concessão do benefício de pensão por morte apenas a invalidez do cônjuge varão, revogado pelo art. 226, § 5º, da CF (TRF 3ª Região – RT 735/434).

Não obstante, deve-se ressaltar que esse conjunto de decisões não tem o condão de eliminar as normas referidas do ordenamento jurídico, o que permite que elas continuem sendo aplicadas, obrigando o interessado a acionar o Judiciário ou mesmo recorrer de decisões de suas instâncias inferiores para a defesa de direitos constitucionais. Uma vez identificada a controvérsia sobre o tema, isso poderia ser evitado tendo em vista os efeitos das decisões na ADPF.

O mesmo ocorre nos casos em que os tribunais inclinam-se francamente em favor da recepção do direito anterior pelo atual ordenamento constitucional, como, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal em favor da compatibilidade do art. 38, § 1º, da Lei 4.595/64, que prevê a quebra do sigilo bancário, com o art. 5º, X e XII, da CF (RT 763/483).

Contudo, o interesse na utilização da ADPF vê-se reforçado diante das controvérsias já existentes acerca da recepção de determinadas normas, que fazem os tribunais de todo o país e de todos os níveis hierárquicos produzirem acórdãos díspares.

O primeiro exemplo dessa última categoria é a norma contida no art. 594 do Código de Processo Penal, que estabelece que o réu deve apelar preso se não for primário e não tiver bons antecedentes, a qual teria sido revogada pelo art. 5º, LVII, da CF, que estabelece o princípio da presunção de inocência.

De acordo com uma corrente, adotada pela maioria do Supremo Tribunal Federal, esse princípio não obsta a que se efetive a prisão do apelante se o mesmo não satisfaz os requisitos presentes no referido artigo (HC 72.366-SP, Relator Min. Néri da Silveira). Para o outro entendimento, também presente no Supremo Tribunal, a prisão do apelante só é compatível com a Constituição a título de cautela, como ocorre com a prisão preventiva, não sendo suficiente para motivá-la o fato do acusado ser reincidente ou portador de maus antecedentes (RT 728/476). A mesma posição foi adotada por outros tribunais (TACrim/SP – RT 725/579, TAMG – RT 725/654 e STJ – RT 728/505).

Outra discussão que merece ser ressaltada é a referente à recepção do art. 1º, do Decreto-lei 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito. A importância dessa equiparação se reflete na prisão civil, pois na medida em se iguala a alienação fiduciária ao depósito, o devedor daquela encontra-se na mesma situação do depositário infiel, sendo passível de prisão. Segundo um primeiro entendimento, essa norma não foi recepcionada em razão de que a Constituição de 1967 previa a prisão civil para os casos de devedor infiel e inadimplemento de obrigação alimentícia, “na forma da lei”. Assim, poderiam ser ampliadas as hipóteses de prisão civil, como fizera o referido decreto-lei.

Com o advento da Constituição de 1988, esta não incluiu em seu texto a mesma expressão, permitindo o entendimento de que as hipóteses de prisão civil foram balizadas estritamente, não podendo o art. 5º, LXVII, ser interpretado de maneira elástica. Sendo a impossibilidade da prisão civil a regra, as exceções são *numerus clausus*, não sendo recepcionado o dispositivo que prevê a prisão do devedor na alienação fiduciária em garantia por equipará-lo ao devedor infiel. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça (RT 751/207 e RT 743/203).

Outra posição afirma que a Constituição de 1988 recepcionou as normas relativas à prisão civil, inclusive o Decreto-lei 911/69, admitindo a prisão do devedor na alienação fiduciária. Para seus defensores, é irrelevante a ausência de expressões do tipo “na forma da lei” ou “nos termos da lei” (1º TACiv/SP – RT 726/281), pois “A menção feita ao depositário infiel, no art. 5º, LXVII, da Carta Magna, é ampla” (2º TACiv/SP – RT 743/312), podendo a expressão *depositário infiel* ser utilizada em sentido lato. É o que defende, mesmo sem unanimidade, o Supremo Tribunal Federal: é constitucional a prisão do devedor na alienação fiduciária caso o bem não seja entregue (RT 743/313).

Um terceiro confronto refere-se à execução extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66. Este instrumento normativo assegura, nos seus arts. 31 a 38, um processo de execução efetuada pelo credor hipotecário, que comunica ao agente fiduciário o débito vencido e não pago e, após convocar o devedor a purgar o débito, promove o leilão do imóvel hipotecado.

A primeira posição, representada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, afirma que esse processo de execução extrajudicial, por ser promovido pelo próprio credor, “constitui uma verdadeira forma de expropriação de propriedade”, feita por pessoas estranhas ao Poder Judiciário, sendo “uma forma de auto-tutela da pretensão executiva do credor exequente, repudiada pelo Estado de Direito” (RT 746/414). Logo, essa execução extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66 não foi recebida pela Constituição de 1988, pois infringe “o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária (art. 5º, XXXV), fere o monopólio de jurisdição e o princípio do juiz natural

(art. 5º, XXXVII)” – já que é o próprio credor quem preside a execução – “priva o cidadão de seus bens, sem o devido processo legal (art. 5º, LVI), viola o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV)”, não garantindo ao litigante devedor os meios e recursos necessários à defesa de seus bens, pois “a defesa do mutuário restringe-se à purgação da mora. Ora, é sabido que purgar a mora não é defender-se” (RT 746/418).

Já o Supremo Tribunal Federal apóia a recepção do Decreto-lei, sob o argumento de que há apenas um deslocamento do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir, pois o decreto, além de prever uma fase de controle judicial antes da perda da posse do imóvel pelo devedor, não impede que eventual ilegalidade ocorrida durante o procedimento extrajudicial seja reprimida pelos meios processuais próprios, não podendo ser afirmado que esse procedimento configura uma ruptura do monopólio do Poder Judiciário (RT 760/188).

Ninguém discutirá que nos três casos estamos diante de preceito fundamental, já que os dois primeiros envolvem o direito à liberdade e o terceiro um conjunto de garantias processuais, como o devido processo legal, o princípio do juiz natural e a ampla defesa. Ressalte-se ainda que, em todos esses casos, a jurisprudência do Supremo Tribunal inclinou-se para considerar recepcionados os dispositivos do direito anterior, enquanto outros tribunais decidiam pela sua revogação.

Obviamente, não é possível neste artigo analisar criticamente as diferentes posições para formular um juízo acerca daquela que está mais de acordo com a Constituição. Não obstante, a constatação do sentido da divergência entre o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais nessa matéria nos obriga a reconhecer uma incerteza: a arguição de descumprimento de preceito fundamental cria uma nova possibilidade de defesa da Constituição, mas ela pode acabar vindo a diminuir a proteção que diferentes tribunais lhe têm oferecido diante do direito anterior.

Dessa definição – que acaba colocando novamente em questão a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional – depende que a ADPF venha a significar somente uma maior uniformização das decisões proferidas pelo Judiciário nas matérias controversas envolvendo a recepção de normas anteriores à Constituição, ou se os cidadãos e cidadãs, além de contarem com uma decisão mais célere e geral nessas matérias, também terão ampliada a proteção dos direitos que a Constituição lhes confere.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; COLARES, Patrick Menezes. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988.** Disponível em <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/05-10-foro-descuprimento.doc>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2007.