

José Afonso da Silva

***APLICABILIDADE
DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS***

8ª edição

 **MALHEIROS
EDITORES**

Capítulo VII

***EFICÁCIA JURÍDICA
DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
E ORDEM JURÍDICA***

I – Colocação do tema. II – Constituição e ordem jurídica. III – Unidade da ordem jurídica e Estado Federal. IV – Validade formal e material das normas jurídicas. V – Eficácia ab-rogativa das normas constitucionais. VI – Eficácia construtiva das normas constitucionais. VII – Constituição vigente e normas constitucionais anteriores.

I – Colocação do tema

1. A temática deste capítulo já foi, sob muitos aspectos, focalizada nas páginas precedentes. Nesses casos, a volta a ela equivale a uma recapitulação e conclusões gerais da matéria. Ver-se-á, não obstante, que prismas novos serão descortinados.

II – Constituição e ordem jurídica

2. A relação *constituição-ordem jurídica* é menos pacífica, em doutrina, que a aparência indica. Nem é de estranhar seja assim, porque ainda não se chegou a um acordo doutrinário sequer sobre o conceito de ordem ou ordenação jurídica.¹

3. Para Kelsen a ordem jurídica é um sistema de normas, e, quanto a saber quando uma norma pertence a determinada ordem jurídica, é problema estreitamente ligado à razão de validade de cada uma,² conside-

1. Cf. Mario Galizia, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, p. 107.

2. Cf. *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 127.

rado o sistema referido como de natureza dinâmica.³ É válida, segundo Kelsen, a norma jurídica que tenha sido criada de acordo com determinada regra, e só por isso.⁴ Uma norma jurídica deriva sua validade de outra norma jurídica superior; e esta, de outra norma superior a ela, e assim de grau em grau, até a *norma fundamental*, “que é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica”.⁵ Trata-se da teoria gradualista da ordem jurídica, que se compõe de normas escalonadas hierarquicamente: uma norma individualizada vale porque foi criada de conformidade com uma lei; esta lei deriva sua validade da constituição, enquanto tenha sido estabelecida por um órgão competente e na forma prescrita pela própria constituição. E esta talvez encontre seu fundamento de validade noutra constituição mais antiga, até chegar-se, finalmente, a uma constituição que seja historicamente a primeira, cuja validade decorre da *norma fundamental*, hipotética e simplesmente pressuposta, a qual representa, como fonte comum, o vínculo entre todas as normas que integram uma determinada ordem jurídica.⁶

Segundo essa teoria, a ordem jurídica constitui uma unidade na pluralidade, unidade que se exprime na circunstância de poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem.⁷

Claro está que, para essa doutrina, a constituição formal, escrita, positiva, integra a ordem jurídica, como lei suprema, embora não seja isso que diz Kelsen, para quem a constituição em sentido material é que regula a criação de normas jurídicas gerais e, especialmente, a lei.⁸ Todavia, como já salientamos, no sistema de constituição rígida a distinção entre constituição material e formal tem significado irrelevante. De acordo com a teoria kelseniana, se essa constituição é que fundamenta a criação de normas jurídicas, não é ela que dá validade à ordem jurídica, mas a referida *norma fundamental* hipotética.⁹

3. Idem, p. 133.

4. Idem, p. 133.

5. Cf. Kelsen, *Teoria pura do Direito*, v. II/27 e 28. A teoria da *norma fundamental* é inteiramente acolhida por Norberto Bobbio em *Teoria generale del Diritto*, pp. 189 e ss. Esse volume compreende os dois estudos fundamentais de Norberto Bobbio: *teoria da norma jurídica* e *teoria do ordenamento jurídico*.

6. Cf. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 135. A doutrina de Kelsen sobre *gradualismo e unidade do ordenamento jurídico* é integralmente acolhida por Norberto Bobbio em *Teoria generale del Diritto*, pp. 182 e ss.

7. Cf. *Teoria pura do Direito*, v. II/28.

8. Cf. *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 147, e *Teoria pura do Direito*, v. II/14 e 16.

9. Cf. *Teoria pura do Direito*, v. I/60 e v. II/19.

4. Levi concebe a ordem jurídica como “um sistema de relações jurídicas”,¹⁰ sendo a “relação jurídica todo vínculo entre sujeitos, considerada em função da norma de Direito, que qualifica e regula o comportamento recíproco e complementar deles próprios”.¹¹ A ordem jurídica será, assim, como depois acrescenta o autor, um sistema de relações intersubjetivas; sistema, e não mero conjunto de normas justapostas e de contatos efêmeros, mas disciplina reguladora de condutas consideradas no seu aspecto recíproco, em vista de fins sociais.¹² Essa doutrina afasta o formalismo puro de Kelsen, mas sua formulação não destaca a coerência do sistema normativo que compõe toda ordem jurídica. Sua base nitidamente empírico-sociológica não chega sequer a situar a posição da constituição no sistema, isso porque seus fundamentos, influenciados também pela concepção institucional do Direito, levam necessariamente à admissão de uma pluralidade de ordens jurídicas no Estado.¹³

5. Essa imprecisão no situar a constituição na ordem jurídica não é de estranhar, pois há até uma doutrina que recusa concebê-la como parte da ordem jurídica. Nega-se-lhe, mesmo, o caráter de lei. No máximo, seria “designação de um fato que não tem vigência por si próprio, mas a recebe de fora”.¹⁴ Suas normas, assim, não fazendo parte da ordem estatal, “não teriam o caráter e força de direito objetivo, mas requereriam, mesmo quando fossem completas, uma transformação a ser cumprida pelo legislador ordinário, para tornar-se direito objetivo”.¹⁵

Azzariti, que recusa juridicidade às normas constitucionais programáticas, refuta, apesar disso, aquela tese, não conseguindo saber “como se pode sustentar que as normas constitucionais sejam a base, mas não formem parte da ordem jurídica do Estado, cuja criação seria tarefa exclusiva do legislador futuro”.¹⁶ Ele mesmo, entretanto, negando juridicidade a certas normas constitucionais, como dissemos, acaba por

10. Cf. *Teoria generale de Diritto*, p. 33.

11. *Idem*, p. 30.

12. *Idem*, p. 40. Para Norberto Bobbio: “L’ordenamento giuridico (come ogni altro sistema normativo) è un insieme di norme” (cf. *Teoria generale del Diritto*, p. 169; cf. também *Teoria do ordenamento juridico*, trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, p. 31).

13. *Idem*, p. 111. No mesmo sentido: Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I/ 10 e ss.; também Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, p. 23, que, sem ser institucionalista, defende a tese do pluralismo da ordem jurídica.

14. Salvatore Villari, trabalho cit., *Archivio Penale*, pp. 217 e ss.

15. *Apud* Gaetano Azzariti, ob. cit., p. 121.

16. *Idem*, p. 121.

admitir, implicitamente ao menos, que parte da constituição não integra a ordem jurídica.

6. A consequência lógica dessa doutrina deriva de radical distinção entre constituição formal e constituição material. Se aquela não integra a ordem jurídica, a última se identifica com ela, e mais que isso, porque, na verdade, corresponde ao *regime político*, indicando “o conjunto dos elementos organizativos necessários para que subsista determinado Estado, e, pois, propriamente, a específica comunidade social subjacente à ordem jurídica, enquanto se considera ordenada segundo um mínimo de elementos organizativos (*força política*), idôneos para apresentá-la dotada de uma atividade dirigida a um fim particular (*fim político*)”.¹⁷

7. No sentido *lógico-formal* – que é o que nos interessa aqui –, a doutrina de Kelsen sobre a ordem jurídica pode ser aceita, afastada apenas, por prescindível, a teoria da *Gründnorm*. Assim, a ordem jurídica será aquele complexo de normas que, enlaçadas por uma relação de *fundamentação* ou *derivação*, constituem uma *estrutura normativa* específica.¹⁸ Se dermos ênfase estruturalista ao conceito, poderemos conceber a ordem jurídica como *reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária*.¹⁹

Essa relação de fundamentação deriva da circunstância de que uma norma é *válida* quando é *criada* de acordo com o *procedimento* previsto em outra de grau superior,²⁰ o que traz duas consequências importantes: a) a exigência de *compatibilidade* entre as normas pertencentes à mesma ordem jurídica; b) a exigência de uma norma suprema que fundamente a validade de todas as outras.

8. “Há [*escrevem Aftalión, Olano e Vilanova*] relações de *compatibilidade vertical* (quer dizer, entre normas de grau superior e normas de grau inferior) e relações de *compatibilidade horizontal* (isto é, entre normas de igual hierarquia). A *incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau superior*, que funcionam como fundamento de validade da inferior. Quer dizer que é válida a norma compatível com

17. Cf. Biscaretti di Ruffia, ob. cit., p. 95, expondo a concepção de Mortati, que também a sintetiza em *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I/26.

18. Cf., além de Kelsen (obs. e locs. cit.): Aftalión, Olano e Vilanova, *Introducción al Derecho*, p. 193.

19. Sobre o conceito de estrutura: Aftalión, Olano e Vilanova, ob. cit., p. 194, nota 1. Vinculado, como foi, o conceito de ordem jurídica ao de estrutura (já visto), afastado fica o formalismo puro.

20. Cf. Aftalión, Olano e Vilanova, ob. cit., p. 195.

as normas de grau superior, porque foi criada com base no procedimento determinado nas mesmas. Esta relação, que denominamos *fundamentação de validade*, determina uma *norma fundante* ou *de grau superior* e uma *norma fundada* ou *de grau inferior*, e é de singular importância, já que dela depende, como vimos, a estrutura escalonada da ordenação.

“A *incompatibilidade horizontal* – por exemplo, entre duas leis – resolve-se pelos juristas de acordo com o princípio *lex posterior derogat priori*, isto é, aceitando a validade da lei posterior no tempo e a derrogação (inclusive tácita) da anterior. Mas este princípio não é de caráter puramente lógico, já que é mister acudir ao fato temporal da data da sanção da lei. O princípio lógico de compatibilidade apenas nos diz que duas normas contraditórias não podem ser ambas válidas.”²¹

9. Ora, o princípio da compatibilidade vertical entronca com o conceito de supremacia das normas constitucionais, que dão o procedimento, direta ou indiretamente, para a formação das normas de grau inferior. Donde ser a constituição o *conjunto de normas fundantes* de todas as demais que pertencem à ordem jurídica, e estas são *normas fundadas* em relação à constituição. Esta coloca-se, pois, no vértice da ordem jurídica, a que confere validade, mas também é parte dessa mesma ordem jurídica, que informa com seus princípios e regras. As normas que não forem compatíveis com ela perdem sua validade, e nisso se manifesta um princípio de eficácia constitucional que domina toda a estrutura normativa do País.

III – Unidade da ordem jurídica e Estado Federal

10. A tese do unitarismo da ordem jurídica parece que não se compadece com o federalismo consagrado na Constituição Federal, ainda que com estreiteza. Os defensores da pluralidade de ordens jurídicas dentro do Estado destacam, com efeito, a existência de uma ordem jurídica federal e as ordens jurídicas das entidades regionais autônomas. Mesmo Kelsen, pelo visto defensor do unitarismo, oferece, com sua doutrina das três ordens, fundamento para a tese contrária, ao afirmar que as normas centrais formam uma ordem jurídica central; as normas locais formam ordens jurídicas locais; e todas dariam uma comunidade total, que formaria, assim, uma ordem jurídica total, a despeito de o autor não ser tão explícito nesse sentido.²²

21. Cf. ob. cit., p. 201.

22. Cf. *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 377.

11. Se, porém, nos lembrarmos de que a ordem jurídica estatal é uma estrutura normativa escalonada ou graduada segundo uma fundamentação unitária, veremos que no Estado Federal a ordem jurídica é uma só, quando considerada do ponto de vista de seu fundamento de validade, porquanto todas as normas positivas têm sua razão de validade, e até de vigência, na Constituição Federal.

Aftalión coloca bem esse problema, ao dizer que “um Estado tem estrutura federal quando impera, no mesmo, certo grau de *descentralização*, enquanto: *a)* existem *órgãos centrais* que estendem sua competência a todo o território do Estado, e ditam normas válidas para todo o território; e *b)* existem, paralelamente aos anteriores, *órgãos locais* que ditam normas válidas somente para uma parte deste território. *Há, por conseguinte, duas ordens de autoridades e de normas*: as centrais ou nacionais e as locais ou provinciais. *Ambas formam uma única ordem total*, já que a validade de ambas as ordens normativas está referida a uma norma de grau superior: a Constituição nacional. Esta última funciona não somente como fundamento geral de validade da ordem total – discriminando a competência central e as competências locais –, mas, também, como fundamento de validade específica da ordem central ou nacional, estabelecendo as autoridades que a integram e sua competência”.²³ O autor, como se nota, disserta tendo sob as vistas a Federação argentina, mas não é diferente no Brasil e em outras Federações.

No Brasil é a Constituição Federal que fundamenta a validade de todas as regras jurídicas da União, dos Estados e dos Municípios. Uma lei estadual vale enquanto se conforma com a esfera de competência do Estado para regular determinada matéria. Essa competência foi conferida pela Constituição Federal. Se uma lei federal invade a competência estadual ou municipal, torna-se inválida e inconstitucional. *Imediatamente*, não se trata de um conflito hierárquico de normas, mas de um *conflito de competências*, que se resolve sempre com base na norma superior: a Constituição Federal, que dirá a que esfera governamental cabe regular o assunto suscitante do conflito. *Mediatamente*, no entanto, verifica-se também uma relação hierárquica, porque é a norma constitucional, superior, que vai ser aplicada na invalidação da norma infringente da regra de competência naquela estabelecida.

12. Tudo isso demonstra a unidade da ordem jurídica nacional, que tem seu fundamento de validade na Constituição Federal. Esta se encontra na cúspide da pirâmide normativa nacional, sobre a qual derrama

23. Cf. ob. cit., p. 205.

seus princípios informadores e dela recebe, por reflexão, os impulsos revivificantes da dinâmica social, para, depois, por emanações, voltar a convalidar os novos conteúdos axiológicos que a vão enriquecendo no evoluir cultural da comunidade.

Relembremos aqui uma imagem já utilizada a propósito do tema: a constituição é como aquele *Uno* da filosofia de Plotino que “devido a uma espécie de superabundância, como a de uma fonte, cujo excesso se derrama, como a de uma luz que se difunde”, produz, assim como o ser vivo produz seu semelhante, o “ser vivo, a fonte, a luz, não perdem nada expandindo-se, e guardam em si toda a realidade”, e, *por emanação*, realiza a produção de algo que procede do princípio. “Mas o produzido procura permanecer o mais perto possível de seu produtor, do qual recebe toda a sua realidade; mal procedeu, volta-se para seu produtor”, *por reflexão*, para contemplá-lo.²⁴ O “Uno se estende e multiplica: a realidade, indistinta no Uno, expande-se numa multiplicidade hierarquizada de gêneros e espécies que se formam mediante uma espécie de dialética (a divisão platônica) e de movimentos espirituais, desde os gêneros supremos”.²⁵

Assim também a constituição e a ordem jurídica que ela cria e a que dá realidade e que para ela, se volta, não só para contemplá-la, mas para enriquecê-la de sentido estimativo.

13. De certo modo, a constituição *constitui* também a ordem jurídica, da qual esta recebe os princípios fundamentais e a razão de sua validade. Mas não é uma *constituição* da ordem jurídica, pois desta também se formam os princípios gerais do Direito. A *constituição* de que cuida o direito constitucional é apenas aquela que estrutura o Estado e seus órgãos e estatui sobre os direitos fundamentais (incluindo os sociais) do homem, não aquela constituição material, identificada com o regime político.²⁶

IV – Validade formal e material das normas jurídicas

14. As normas da ordem jurídica, consoante temos visto, fundamentam sua validade na constituição (no Brasil, Constituição Federal), sob dois aspectos: *a) formalmente*, enquanto devem ser formadas por

24. Cf. Émile Bréhier, *Historia de la filosofía*, t. I/580.

25. Idem, p. 581.

26. A propósito do tema, cujo desenvolvimento escapa aos limites de nossas indagações, cf. Maria Galizia, ob. cit., pp. 19-124.

autoridades criadas de acordo com ela, dentro da esfera de competência e conforme o procedimento por ela estabelecido; *b) materialmente*, enquanto o conteúdo de tais normas deve ajustar-se aos preceitos da constituição.²⁷ Nisso se manifesta o princípio da supremacia das normas constitucionais na ordem jurídica nacional – *de todas as normas constitucionais*, devemos frisar bem –, e isso é o primeiro sinal de sua eficácia, quer em relação às normas que lhes precedem, quer quanto às que se lhes seguem.

15. O mesmo se dá com as normas de emenda constitucional, consoante o procedimento previsto no art. 60 da vigente Carta Política. Se não se atenderem às regras procedimentais ali consignadas, as normas emendatórias não adquirem validade formal. Se, por exemplo, tenderem a abolir a Federação, ou o voto direto, secreto, universal e periódico, ou a separação de Poderes, ou direitos e garantias individuais, serão materialmente inconstitucionais.

V – Eficácia ab-rogativa das normas constitucionais

16. Se uma constituição não for a primeira, segundo Kelsen, sua razão de validade se encontra na constituição anterior, que, por sua vez, conferia validade às normas da ordem jurídica por ela informada. Vindo a nova constituição, acha ela em vigor, e talvez em plena eficácia, normas inferiores que com ela conflitam. Tal fato não se coaduna com o princípio da compatibilidade da ordem jurídica, de que já falamos.

17. Surge, então, o problema de saber se, nessa hipótese, se verifica uma relação de incompatibilidade horizontal ou se, ao contrário, ocorre uma relação de incompatibilidade vertical. Aquela refere-se a um vínculo intertemporal de normas, na conformidade do princípio *lex posterior derogat priori*. A doutrina só tem admitido a incompatibilidade horizontal entre normas de mesmo nível, o que não se dá entre a constituição e as leis ordinárias ou complementares.

Constituições existem, ou existiram, que expressamente admitem o princípio da incompatibilidade horizontal entre elas e as normas inferiores e prescrevem a ab-rogação de leis, decretos e regulamentos que lhes sejam contrários,²⁸ mas é verdade que, às vezes, elas titubeiam entre um

27. Cf. Aftalión, Olano e Vilanova, ob. cit., pp. 208 e 209, em relação à Argentina; também Machado Neto, *Teoria geral do Direito*, p. 80.

28. Assim nossas Constituições de 1891 (art. 83) e de 1934 (art. 113); de Luxemburgo (art. 117); da Suíça (art. 2º das Disposições Transitórias).

princípio e outro (horizontal ou vertical) e pronunciam que essas normas conflitantes ficam sem nenhum efeito.²⁹

18. O princípio é o da *incidência imediata das normas constitucionais*.³⁰ Todas as normas constitucionais – quer as de eficácia plena, quer as de eficácia contida, ou as de eficácia limitada, as programáticas inclusive – incidem, nos limites de sua eficácia, imediatamente, salvo se a própria constituição expressamente dispuser de outro modo. Pontes de Miranda, sobre o tema, afirma: “A Constituição é rasoura que desbasta o Direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais”.³¹

Desbasta, como? Ab-rogando as normas anteriores, ou estas se tornam inconstitucionais? Já estudamos o assunto, a respeito da eficácia ab-rogativa das normas programáticas, concordando com a tese de Lúcio Bittencourt, segundo a qual se dá uma *revogação por inconstitucionalidade*, numa por assim dizer *revogação por invalidação*, se a técnica jurídica não nos censurar por isso. Essa eficácia ab-rogativa das normas constitucionais, de todas elas, pode ser expressa ou tácita, por incompatibilidade verdadeiramente vertical, mas com uma solução de incompatibilidade horizontal. Nossa Constituição de 1891 cuidou do assunto no art. 83: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”. Também as Constituições de 1934 (art. 187) e de 1937 (art. 183) confirmavam a legislação anterior que, explícita ou implicitamente, não contrariasse suas disposições.

19. Nessas regras consubstanciavam-se, expressamente, dois princípios: *a)* o da *continuidade da ordem jurídica* sob a nova constituição, naquilo que não a contrariasse explícita ou implicitamente; *b)* o da *ab-rogação das normas anteriores contrárias*, por incompatibilidade vertical, explícita ou implicitamente.³²

29. Constituição de Liechtenstein, art. 113, que diz que as normas contrárias são *ab-rogadas e sem efeito*.

30. Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. VI/385.

31. *Idem*, p. 381.

32. Algumas constituições declaram *inválidas* as normas ordinárias conflitantes, adotando-se, com pureza, o princípio da incompatibilidade vertical; assim, a da Romênia (comunista), art. 105 (“À partir de la date d’entrée en vigueur de la Constitution par sa publication dans le *Moniteur Officiel* sont annulées les dispositions des lois, décrets, règlements et autres dispositions contraires à la Constitution”), e da antiga Tcheco-Eslováquia, § 173, 2.

A Constituição de 1988, como a de 1946, não se preocupou com o assunto. Mas os mesmos princípios são admitidos quando a constituição silencia sobre as normas jurídicas anteriores.

A Constituição do Brasil de 1967, cuidou parcialmente do tema, mas tão só com a finalidade de aprovar atos praticados pelo chamado Comando Supremo da Revolução de 1964 e outros baixados com base em atos institucionais e complementares (art. 173). Disposições idênticas foram reproduzidas nos arts. 181 e 182 da Carta de 1969. Tais dispositivos ficaram superados com a Emenda Constitucional 11, de 13.10.78, cujo art. 3º passara a cuidar do problema da permanência dos atos praticados com base nos atos institucionais e complementares que foram por ele revogados expressamente, “no que contrariarem a Constituição Federal”. Diante disso, ficou superada a ampla discussão que empreendemos às pp. 206 e 207 da 1ª edição deste volume, visando a esclarecer dúvidas do texto do art. 173 da Constituição do Brasil de 1967, e que seria pertinente também em relação ao art. 181 da Carta de 1969, se este não houvesse sido revogado pelo art. 3º da Emenda 11/78, que procurara compatibilizar regras jurídicas do ordenamento constitucional. A Constituição de 1988, finalmente, sepultou todo esse lixo autoritário, pela *revogação por inconstitucionalidade* de todas as normas com ela incompatíveis.

VI – Eficácia construtiva das normas constitucionais

20. Uma constituição, quando entra em vigor, não sendo a primeira, encontra normas jurídicas vigendo validamente, por força do regime constitucional precedente.

Aparece, então, a questão da *continuidade* da legislação anterior, que muitas constituições, como já verificamos, resolvem expressamente, determinando ou confirmando-lhe a eficácia, quando não as contrarie explícita ou implicitamente. É o chamado *princípio da continuidade da ordem jurídica precedente* naquilo em que atende ao princípio da compatibilidade com a nova ordem constitucional.

21. O *princípio da continuidade* opera mesmo quando a nova constituição não confirme expressamente as normas compatíveis, como é o caso da atual Constituição Federal. Arrima-se ele em outro princípio, ou seja, no da *continuidade do Estado*, porque se entende que a mudança constitucional não implica o surgimento de um novo Estado, mas uma simples mutação de regime, especialmente quando a nova constituição deriva de um movimento revolucionário. Por isso é que alguns autores,

como Mortati e Villari, somente reconhecem como autêntica a constituição em sentido material, confundida com o regime político. É, no entanto, perfeitamente dispensável o apelo a essa concepção para solucionar o problema da continuidade das normas jurídicas anteriores compatíveis com a nova ordem constitucional. Aliás, aquela concepção não dá propriamente solução a tal problema. Complica-o, com entender que a constituição formal, escrita, não vale como lei, pelo quê permanecem em vigor todas as normas ordinárias precedentes, mesmo as incompatíveis, até que outra lei ordinária as modifique.

22. Repudiada essa posição, cumpre ressaltar que a continuidade da legislação precedente constitui um aspecto da *eficácia construtiva* das normas constitucionais, visto que essa legislação recebe da nova carta política outro jato de luz revivificador que a revaloriza para a ordem jurídica nascente. São as normas anteriores como que recriadas pela constituição que sucede. É esse o fenômeno que a técnica jurídico-constitucional denomina *recepção da lei anterior*: “por recepção entende-se o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento”.³³ Mas não se trata de mera recepção fria e passiva, porque, em verdade, como se disse acima, há uma recriação, uma revivificação. A lição de Kelsen é precisa sob esse aspecto: “Grande parte da velha ordem jurídica ‘permanece’ válida no quadro da nova ordem. Mas a frase ‘permanece válida’ não dá uma descrição adequada do fenômeno. É somente o conteúdo dessas normas que permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade. (...) Se leis emanadas sob a velha constituição ‘continuam a ser válidas’ sob a nova, isso é possível somente porque lhes foi conferida validade, expressa ou tacitamente, pela nova constituição. O fenômeno é um caso de recepção (similar à recepção do direito romano). A nova ordem ‘recebe’, isto é, adota, normas da velha ordem; isso significa que a nova ordem jurídica atribui validade (dá vigor) a normas que têm o mesmo conteúdo de normas da velha ordem. A ‘recepção’ é um procedimento abreviado de criação do Direito. As leis que, segundo a inexacta linguagem corrente, continuam a ser válidas são, de um ponto de vista jurídico, novas leis cujo significado coincide com o das velhas. Elas não são idênticas às velhas leis, porque o fundamento de sua validade é diverso. O fundamento de sua validade reside na nova

33. Cf. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 169; cf. também *Teoria generale del Diritto*, p. 282.

constituição, não na velha, e entre ambas não existe continuidade nem do ponto de vista da primeira, nem do ponto de vista da segunda”.³⁴

Mas não é só nesse aspecto que se manifesta a eficácia construtiva das normas constitucionais. Quando nova constituição entra em vigor sempre traz algo de diferente, para melhor ou para pior, dependendo da posição axiológica do intérprete. Esse algo diferente, novo, exerce um estímulo na produção de regras jurídicas, regulamentando novas formas de vida, novos interesses. Pressupõe-se que uma nova ordem constitucional vise a implantar nova ordem sociojurídica e traga, quando mais não seja, ao menos um programa de atuação governamental, deduzido das ideias ou da ideologia que impulsionaram as mudanças operadas no regime. Algumas vezes há retrocessos, como em certos aspectos da Constituição do Brasil e da de 1969, mas também esta trouxe, aqui e ali, reformulações de elevado alcance, dentro do sistema. A Constituição de 1988 é radicalmente diversa delas pelo seu sentido progressista, apontando para uma democracia participativa e de conteúdo social, mas um processo de retalhação, dito reforma constitucional, vai desfigurando-a no sentido neoliberal, que não se sabe onde dará.

VII – Constituição vigente e normas constitucionais anteriores

23. Finalmente, detenhamo-nos noutra questão interessante: a relação entre a constituição vigente e as normas da constituição anterior.

24. Algumas constituições expressamente consideram revogadas a constituição e as leis constitucionais precedentes. Foi o que fizeram, por exemplo, a Constituição da Baviera, art. 186, I: “A Constituição bávara de 14 de agosto de 1919 fica ab-rogada”; a da Bélgica, art. 137: “A Lei Fundamental de 24 de agosto de 1815 fica abolida, assim como os estatutos provinciais e locais”; a da antiga Tcheco-Eslováquia, § 173, I: “No dia em que a presente Constituição entrar em vigor, cessa a validade da Carta Constitucional da República tcheca aprovada pela Lei de 29 de fevereiro de 1920, n. 121 do *Recueil des lois*, assim como as leis constitucionais que foram declaradas como suas partes”; e a da Turquia, art. 104: “A Constituição de 1293 (1876) e as modificações que lhe foram introduzidas ulteriormente, assim como a Constituição de 20 de janeiro de 1337 (1921) com suas adições e modificações, ficam ab-rogadas”.

34. Cf. *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 138. Cf. também: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 63/333, e Ives Gandra Martins, “Competência legislativa retirada dos Estados para os Municípios pela nova ordem constitucional”, parecer, RT 645/13 e ss.

A maioria das cartas constitucionais, contudo, não traz regra ab-rogativa, ou semelhante, das normas constitucionais precedentes. Nesse particular, aplica-se, em sua inteireza, o princípio da compatibilidade horizontal no que tange àquelas que conflitem com as normas constitucionais sucessivas: *lex posterior derogat priori*. Prevalece também o princípio de que a lei posterior que regula novamente a mesma matéria revoga a anterior. Isso se verifica mesmo quando as normas anteriores não sejam incompatíveis.

25. Resta o problema de saber qual a situação das normas não incompatíveis e cuja matéria não tenha sido objeto de nova regulamentação constitucional.

Corre uma doutrina de que essas normas permanecem em vigor, não na sua qualidade de normas constitucionais, mas como leis de caráter ordinário. A propósito, ensina Carl Schmitt que algumas prescrições legal-constitucionais podem seguir valendo como prescrições legais, ainda sem especial reconhecimento legal, depois de abolida a constituição.³⁵ Esmein já sustentara o mesmo ponto de vista, dizendo que “as Constituições escritas podem conter, e contêm, o mais das vezes, disposições que não são constitucionais, senão pela forma, e que absolutamente não são objeto delas. São regras de direito administrativo ou de direito penal, por exemplo, que não têm nenhuma relação necessária com a forma do Estado ou do Governo estabelecido pela Constituição que as contém, e que são igualmente compatíveis com outros regimes. Foram inscritas no texto constitucional unicamente para se lhes dar maior força e estabilidade. Pois bem, admite-se que disposições dessa natureza, que só pertenciam à Constituição revogada por um liame fático, sobrevivem a ela e absolutamente não caem com ela. Dá-se-lhes tratamento de leis ordinárias – no fundo é o que são – mas, ao mesmo tempo, são reconduzidas à qualidade destas. Desgarram-se da Constituição, em que estavam encaixadas, e é por isso que permanecem em vigor; mas, ao mesmo tempo, perdem a eficácia de normas constitucionais, e, daí por diante, podem, como outra lei qualquer, ser modificadas pelo legislador ordinário. A revolução não fez mais que desconstitucionalizá-las”.³⁶

Na edição anterior aceitamos essa doutrina da *desconstitucionalização* das normas jurídicas. Hoje, porém, temos dúvidas de sua validade

35. Cf. *Teoría de la constitución*, pp. 32 e 33.

36. Cf. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, p. 582. No mesmo sentido: Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. I/249 e 250, claramente calcado no texto de Esmein, sem citá-lo no mesmo.

e conveniência. Pois, se uma constituição nova é elaborada pelo poder constituinte que não reproduz determinadas normas não essencialmente constitucionais (administrativas, civis etc.) inseridas na constituição apenas para lhes dar maior estabilidade, significa isso que a nova ordem constitucional as quis desqualificar, não apenas como normas constitucionais, mas também como normas jurídicas vigentes. Isso quer dizer que ficam igualmente revogadas, tal como a constituição que as acolhia.³⁷

37. Manoel Gonçalves Ferreira Filho aceita a tese da desconstitucionalização com a transformação da norma de lei ordinária (cf. *Direito constitucional comparado: I – O poder constituinte*, pp. 110 e ss).

Título III
***APLICABILIDADE
DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
E LEIS COMPLEMENTARES
DA CONSTITUIÇÃO***