

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ZULMAR ANTONIO FACHIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaiher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Gonçalves da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-711-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 20 a 24 de julho 2023, sob o tema geral “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina. Trata-se da sexta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de expressão, história das constituições brasileiras e sistema constitucional latinoamericano também foram temas marcantes do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Zulmar Antonio Fachin

Lucas Gonçalves da Silva

FENÔMENOS CONSTITUCIONAIS PROVENIENTES DE NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E ORDEM JURÍDICA ANTERIOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

CONSTITUTIONAL PHENOMENON ARISING FROM NEW CONSTITUTIONAL ORDER AND PREVIOUS LEGAL ORDER IN THE INFORMATION SOCIETY

Emerson Penha Malheiro ¹
Felipe Boarin L'astorina ²

Resumo

Trata-se de um tema preambular ao estudo do Direito Constitucional, porém, necessário para a cognição apurada do poder constituinte originário. Como é cediço, o poder constituinte originário (também chamado de instituinte, inicial, inaugural, genuíno ou de primeiro grau) é o poder de criar uma Constituição, e se reveste de quatro características: inicial, autônomo, incondicionado e ilimitado. Em outras palavras, é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente. Assim, para efetivar um verdadeiro mergulho sobre o conceito acima estudado, surge o presente artigo. Trataremos aqui dos fenômenos constitucionais, provenientes de nova constituição e ordem jurídica anterior. Será abordado as situações de recepção de normas perante a nova Carta Magna, a não recepção e a repristinação. Após, será necessário verificar os principais meios de interpretação legislativa, identificado como Hermenêutica Constitucional, no caso. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, procurando enfatizar a importância do Direito Constitucional, bem como a sua presença na tutela das pessoas. Conclui-se pelo reconhecimento da segurança jurídica e da necessidade de normas específicas como fator de maior proteção.

Palavras-chave: Fenômenos constitucionais, Constituição federal, Revogação, Desconstitucionalização, Repristinação

Abstract/Resumen/Résumé

It is a preambular theme to the study of Constitutional Law, however, necessary for the accurate cognition of the original constituent power. As it is known, the original constituent power (also called instituting, initial, inaugural, genuine or of the first degree) is the power to create a Constitution, and it has four characteristics: initial, autonomous, unconditional and unlimited. In other words, he is the one who establishes a new legal order, breaking completely with the previous legal order. Thus, to carry out a real dive into the concept studied above, this article appears. We will deal here with the constitutional phenomena,

¹ Pós-Doutor - Direitos Humanos (Universidad de Salamanca). Doutor/Mestre - Direito (Universidade Metropolitana de Santos). Professor do Mestrado - Direito da Sociedade da Informação (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas). Advogado.

² Mestrando - Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas). Professor e Advogado.

arising from the new constitution and the previous legal order. The situations of reception of norms before the new Magna Carta, non-reception and repristination will be addressed. Afterwards, it will be necessary to verify the main means of legislative interpretation, identified as Constitutional Hermeneutics, in this case. A bibliographical research was conducted, seeking to emphasize the importance of Constitutional Law, as well as its presence in the protection of people. It concludes by recognizing legal security and the need for specific norms as a factor for greater protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional phenomena, Federal constitution, Revocation, Deconstitutionalization, Repristination

1- INTRODUÇÃO

Com a chegada de uma Nova Constituição, inicia-se um novo momento na vida de um país e de uma sociedade.

Assim, é necessária a realização de uma análise sobre o que efetivamente acontece com as normas preexistentes, ou seja, anteriores à Nova Constituição.

É cediço que a Constituição Federal é a norma que goza de superioridade em relação às demais constantes do ordenamento.

Para tanto, lembramo-nos da pirâmide de Hans Kelsen, da qual verificamos, no pico mais alto dela, a Carta Magna em posição de supremacia às demais normas.

A pirâmide normativa de Kelsen é útil para que se entenda a forma que o sistema jurídico de um país funciona.

Assim, todas as normas, abaixo da Constituição, devem guardar compatibilidade, sob pena de incorrer nos fenômenos que serão estudados neste artigo, tal como a recepção, a não recepção, a revogação, a desconstitucionalização e a repristinação.

Esta última não pode ser confundida com o denominado efeito repristinatório, oriundo das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade julgadas procedentes.

O tema dos fenômenos constitucionais provenientes da nova ordem constitucional e ordem jurídica anterior na sociedade da informação é bastante complexo, pois normalmente se questiona sobre os preceitos que, concretos ou abstratos, se interligam de forma a promover as manifestações da Constituição Federal brasileira em uma sociedade em que a informação ganha enorme destaque nas relações interpessoais.

Assim sendo, o objetivo da pesquisa é responder de que maneira os fenômenos estão sistematicamente relacionados e se, como consequência, diante da realidade atual, há uma perspectiva jurídica de efetiva tutela das pessoas na sociedade da informação.

A metodologia consiste na exposição do pensamento jurídico de diversos autores que já escreveram sobre o tema, com o exame de obras publicadas sobre o assunto discorrido e formação estrutural das diferentes opiniões, confrontando-as racionalmente quando se mostrarem antagônicas e também com a harmonização das análises existentes com a mesma orientação, exibindo um panorama dos diversos pontos de vista, de forma explícita e facilmente inteligível, sem embargo do posicionamento específico dos autores do presente artigo.

2 – TEORIA DA REVOGAÇÃO GLOBAL

O Brasil teve 7 (sete) Constituições desde o Império (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988)¹. Em outras palavras, podemos afirmar que a Teoria da Revogação Global teve incidência por 6 (seis) vezes.

Ou seja, podemos conceituar a Teoria da Revogação Global como sendo o momento em que a nova Constituição revoga a que a antecedeu, deixando esta última de produzir efeitos jurídicos.

É simples. Como se tratam de norma de mesmo nível hierárquico e versam igualmente sobre matéria Constitucional, aplica-se o princípio geral do direito, no sentido de que a lei nova revoga a anterior por completo.

FLAVIA BAHIA dispõe que:

O fenômeno é simples de entender se considerarmos a instabilidade da vida política do país, num contexto que sempre oscilou entre regime ditatorial (civil ou militar) com a pseudodemocracia. Nada impede, entretanto, que com base na liberdade jurídica do poder constituinte originário, outro fenômeno venha a ser adotado no Brasil. (BAHIA, p. 64)

Ainda, o Supremo Tribunal Federal já dispôs que:

Nada sobrevive ao novo Texto Magno, dada a impossibilidade de convívio entre as duas ordens constitucionais originárias (cada qual representando uma ideia própria de Direito e refletindo uma particular concepção político-ideológica de mundo), exceto se a nova Constituição, mediante processo de recepção material (que muito traduz verdadeira novação de caráter jurídico-normativo), conferir vigência parcial e eficácia temporal limitada a determinados preceitos constitucionais inscritos na Lei Fundamental revogada à semelhança do que fez o art. 34, caput, do ADCT/1998.²

¹ Alguns historiadores consideram a Emenda nº 1 à Constituição Federal de 1967, como a Constituição de 1969, outorgada pela Junta Militar. Mas na história oficial do País são consideradas apenas sete – 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. BRASIL. Constituições brasileiras. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696#:~:text=O%20Brasil%20teve%20sete%20Constitui%C3%A7%C3%B5es,1988%2C%20que%20completa%2030%20anos.&text=As%20constitui%C3%A7%C3%B5es%20nascem%20ou%20morrem,ordem%20pol%C3%ADtica%2C%20econ%C3%B4mica%20ou%20social>. Acesso em 22 abr. 2023.

² AI 386.820-AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento ocorrido em 24.06.2004.

Como forma de melhor abordar a temática que gira em torno da revogação, podemos classificá-la em 3 (três) tipos: Expressa; Tácita; Por Assimilação.

Por “revogação expressa” entende-se se tratar da eliminação normativa levada a efeito por um ato válido emanado por autoridade normativa. Como exemplo prático, podemos destacar um enunciado legal clássico: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare”.

Ainda, quanto a extensão da revogação expressa, destacamos a ab-rogação e a derrogação. A primeira refere-se à revogação total de um documento normativo. A segunda refere-se à revogação parcial realizada em um documento normativo.

Por revogação tácita entende-se pela eliminação da vigência de uma norma por conta de uma incompatibilidade gerada quando comparada a outra norma. Assim, corroboramos o raciocínio com a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 2º, *in fine*, que dispõe que: “A lei posterior revoga a anterior quando (...) seja com ela incompatível”.

Por fim, a revogação por assimilação é caracterizada toda vez que a Lei posterior revogar a anterior, por conta de uma regulamentação superveniente e integral da matéria da qual versava a Lei anterior. Ou seja, não se tem uma situação expressa ou não há uma conotação subentendida acerca de sua revogação.

3 – VACATIO CONSTITUTIONIS

Cuida-se do período (lapso temporal) entre a publicação da Carta Magna e a sua efetiva entrada em vigor. No Brasil não temos este lapso, justamente por ambos costumeiramente se confundirem em um único momento.

Ou seja, a *vacatio constitutionis* é um fenômeno raro.

Podemos então resumir e exemplificar esta regra com uma praxe que se dá na seara da técnica legislativa. É muito comum nos depararmos com um artigo que assim dispõe: “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

No entanto, a única exceção residuiu no último artigo da Constituição Federal de 1967: “Esta Constituição será promulgada, simultaneamente, pelas Mesas das Casas do Congresso

Nacional e entrará em vigor no dia 15 de março de 1967. Brasília, 24 de janeiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República.³”

No exemplo acima, temos 24/01/1967 como sendo a data da publicação e 15/03/1967 como sendo a data de entrada em vigor da Carta Magna.

Para complicar e nos aprofundar, vamos imaginar que, durante o período da *vacacio constitutionis* uma lei foi criada.

Se esta lei contrariar a Constituição então vigente (antiga), esta lei será inválida, ainda que em consonância com a nova Constituição, promulgada mas não em vigor.

Ou seja, não poderia sequer receber parecer de continuidade por legalidade em uma sessão da Comissão de Constituição e Justiça de uma das Casas Legislativas do Congresso Nacional.

Se esta lei contrariar a nova Constituição, ela terá vigência neste lapso temporal, porém, será revogada posteriormente.

Ou seja, a Comissão de Constituição e Justiça, de uma das Casas do Congresso Nacional poderia elaborar parecer de legalidade à propositura neste interregno chamado “*Vacacio Constitutionis*”.

4 – TEORIA DA DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

Por esta teoria, podemos dispor se tratar de um fenômeno que não ocorre de maneira automática. Ora, a antiga Constituição vir a se transformar em uma norma infraconstitucional é algo, em um primeiro momento, impensável, justamente por nos levar a considerar os momentos políticos distintos enfrentados pelo país, a ponto de existir a necessidade de se gerar uma nova constituinte.

Como indicado anteriormente, um sistema constitucional ditatorial vir a ser aceito por uma constituinte democrática é algo deveras inconcebível.

Em outras palavras, este fenômeno deve ser expresso e não tácito, como foi o que ocorreu na Carta Magna Portuguesa de 1976 (art. 290)⁴, após a Revolução dos Cravos (25 de abril de 1974), *in verbis*:

³ BRASIL. Constituição Federal de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

Artigo 290.º

Direito anterior

1. As leis constitucionais posteriores a 25 de Abril de 1974 não ressalvadas neste capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2. O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.

Bem como na Constituição do Estado de São Paulo de 1967 (art. 147)⁵, *in verbis*:
“Consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947 que não contrariem esta Constituição.”

Em suma, segundo o Professor PEDRO LENZA, por desconstitucionalização entende-se se tratar do:

(...) fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o status de lei infraconstitucional. Ou seja, as normas da Constituição anterior são recepcionadas com o status de norma infraconstitucional pela nova ordem. (LENZA, p. 202)

Justamente pelo fato de que:

o Poder Constituinte Originário é ilimitado e autônomo, podendo tudo, inclusive prever o aludido fenômeno, mas desde que o faça, como visto, de maneira inequívoca e expressa. (LENZA, p. 203)

5 - FENÔMENO DA RECEPCÃO E DA NÃO RECEPCÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Diante de tudo o que vimos até aqui, apesar da nossa Carta Magna revogar toda a Constituição que a precedeu, não podemos dispor que ela, então, também venha a revogar, por consequência, todas as normas infraconstitucionais, cuja vigência seja anterior à sua.

Repare que este cenário, de revogação de todo um Ordenamento Jurídico de um Estado Nacional, é uma hipótese completamente absurda, pois repousará sobre a sociedade uma

⁴ PORTUGAL. Constituição Portuguesa de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 abr. 2023.

⁵ BRASIL. Constituição do Estado de São Paulo de 1967. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/leis/constituicoes/constituicoes-antiores/constituicao-estadual-1967/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

verdadeira insegurança jurídica; e a mudança Constitucional seria tratada e anunciada como um prenúncio de uma grave crise.

Por isso, segundo a teoria dominante no Brasil, todas as leis infraconstitucionais que guardarem compatibilidade de conteúdo com a nova Ordem Constitucional, ou seja, que tenham compatibilidade material (de assunto ou de pertinência temática) com a nova Constituição, por ela serão recepcionadas.

De outro turno, em caso de desarmonia / incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional e a Nova Carta Magna, teremos então o fenômeno inverso, denominado de não recepção.

Portanto, podemos concluir que a recepção e a não recepção representa um fenômeno de natureza material, uma vez que não se leva em consideração aspectos ideológicos e políticos da propositura legislativa, em meio a uma tramitação perante o Congresso Nacional, por exemplo. O foco é o mérito da norma.

Ademais, podemos concluir que a recepção e a não recepção representam fenômeno automático, tendo sido previsto expressamente, apenas, na Constituição brasileira de 1937, em seu artigo 183: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.”

Até aqui debatemos a materialidade da norma como sendo o critério de recepção. Isso não significa, no entanto, que seja a única forma de avaliação do fenômeno objeto do estudo deste item trabalhado.

A formalidade, da mesma forma, merece uma atenção especial, pois as normas incompatíveis formalmente com a nova Constituição podem sim ser recebidas pela Nova Constituição, normalmente, mas desde que mantenham a materialidade. Um exemplo é a espécie normativa prevista antigamente: o Decreto-Lei.

Perceba que na Constituição atual, em seu artigo 59, mais precisamente, não consta o Decreto-Lei enquanto espécie normativa do processo legislativo nacional.

No entanto, por exemplo, é cediço que o Decreto-Lei nº 3.365/41 (que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública) e o Decreto 2.848/40 (Código Penal) foram recepcionados pela Constituição de 1988, ainda que como espécie normativa não prevista no diploma Constitucional.

A doutrina também se ocupa em descrever hipóteses de incompatibilidade formal com a nova Constituição e consequente impossibilidade de recepção.

Nos dizeres de GILMAR MENDES,

Se o tema era antes da competência, por exemplo, dos Municípios e se torna assunto de competência federal com a Nova Carta, não haveria como aceitar que permanecessem em vigor como se leis federais fossem – até por uma impossibilidade prática de se federalizar simultaneamente tantas leis acaso não coincidentes. (MENDES, p. 282)

Uma dúvida comum que pode surgir diz respeito às normas não recepcionadas. Não podemos confundir o fenômeno da não recepção com a inconstitucionalidade.

Ora, se sob a égide da Carta Magna pretérita uma determinada legislação infraconstitucional era considerada materialmente compatível e também, por óbvio, tida por manter constitucionalidade, não será por conta do advento da Nova Carta que então a referida norma será considerada inconstitucional.

Ela apenas será afastada por ausência de materialidade e a Constitucionalidade dela não é contestada.

Neste sentido, quando do julgamento da ADI 521/DF, o Supremo Tribunal Federal 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. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: Revoga-as”.

Diante do acima exposto, podemos então identificar que o ordenamento jurídico pátrio somente reconhece a inconstitucionalidade originária.

No entanto a Jurisprudência debateu a possibilidade da modulação dos efeitos da declaração de não recepção.

No voto proferido do Min. Gilmar Mendes, nos autos do Agravo de Instrumento nº 582.280 AgR/RJ, verifica-se, a possibilidade de efeitos modulados na declaração de não recepção de uma norma: “No caso presente, não se cuida de inconstitucionalidade originária decorrente do confronto entre a Constituição e norma superveniente, mas de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior, circunstância que a jurisprudência do STF classifica como de não recepção. É o que possibilita que se indague se poderia haver modulação de efeitos também na declaração de não recepção, por parte do STF”.

No entanto, o Min. Celso Antonio de Mello explicou que: “A não recepção de ato estatal pré constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 – RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica na modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo que, editado em 1984, não foi recepcionado ao ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional”.

6 – TEORIA DA REPRISTINAÇÃO X EFEITO REPRISTINATÓRIO

Conforme leciona a Profa. FLAVIA BAHIA:

Na repristinação, um ato normativo “A” é revogado por um ato normativo “B”. O ato normativo “B” é revogado, posteriormente, por um outro ato “C”. A repristinação ocorre se o ato normativo “C”, expressamente, validar o retorno jurídico do ato normativo “A”. É dizer que a mera revogação do ato “B” não acarreta a retomada do ato “A”. (BAHIA, p. 70)

De acordo com o art. 2º, parágrafo 3º da LINDB, uma lei validamente revogada não volta a produzir efeitos jurídicos com a revogação da lei que a revogou: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

Esse é um fenômeno salutar de sucessão legislativa no país.

A sociedade muda e as normas precisam acompanhá-la, sob pena de descompasso temporal entre realidade e as leis.

Entretanto, conforme a parte inicial do dispositivo da Lei supracitada, observa-se ser possível que, mediante disposição expressa, a lei nova (revogadora de outra) que revogou a que a antecedeu “repristine” (restaure) os efeitos jurídico de uma norma já revogada, realizando o fenômeno da repristinação.

Trata-se, portanto, de um fenômeno que é sempre expresso, ou seja, não se admite a repristinação tácita.

Não podemos, no entanto, confundir a ora apresentada Teoria da Repristinação com o denominado efeito repristinatório.

Este está previsto na Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos repristinatórios, “porquanto fulmina a norma desde o seu surgimento. Ante a nulidade do dispositivo que determinava a revogação de norma precedente, torna-se novamente aplicável a legislação anteriormente revogada”⁶, conforme explicação jurisprudencial.

Em outras palavras, com vistas a conferir praticidade ao entendimento da diferença entre os institutos, podemos ajustar um procedimento mnemônico: Teoria da Repristinação é dito/escrito de maneira fracionada. Ou seja, em 3 (três) partes; Teoria(1) da(2) Repristinação (3). São 3 (três) normas em conflito.

Por outro turno, efeito (1) repristinatório (2) é fracionado em 2 (duas) partes. Àquela de 3 (três) partes relaciona-se ao gráfico em linha de tempo, que aponta a revogação concatenada no tempo. Já a fracionada em 2 (duas) partes diz respeito a apenas 2 (duas) leis que se conflitam.

7 – HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

A metáfora de Hermes (que dá origem ao termo “hermenêutica”) conta a história de como as mensagens divinas chegavam aos mortais e, assim, é que Hermes procede a uma intermediação, através da interpretação das mensagens, para fazer conhecer o que não pode ser conhecido diretamente pelo homem.

No entanto, não podemos concluir, simplesmente, que a hermenêutica representa um sinônimo de “interpretação”.

No sentido da distinção entre hermenêutica e interpretação, CELSO RIBEIRO BASTOS afirma que “a hermenêutica é a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras a serem utilizadas na atividade interpretativa.” (BASTOS, p. 34)

Nesta toada, ainda, cabe citar a diferenciação proposta por JAIR SOARES DE OLIVEIRA SEGUNDO, que explica que o “interpretar” necessita da compreensão das ambiguidades semânticas em abstrato e em concreto.

⁶ AI nº 602.277/BA-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 16/3/15.

Em síntese, interpretar em abstrato significa identificar as normas tomando por base um enunciado normativo, onde essas construções de sentido ficariam previamente estabelecidas para serem utilizadas no processo de subsunção de fatos a normas; e interpretar in concreto, subsumir um fato concreto à norma decorrente da interpretação em abstrato – noção antiga – ou interpretar tão somente diante de um fato concreto e utilizando-se de pré- compreensões na construção da norma interpretativa. (OLIVEIRA SEGUNDO, p. 41)

Deste modo, é possível concluir que a Hermenêutica Constitucional detém um aprofundamento maior das técnicas interpretativas, pois é parte significativa da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito.

Ora, o objetivo principal da hermenêutica é investigar e coordenar a apuração do conteúdo das normas jurídicas, para efeito de sua aplicação e interpretação. Trata-se de um modo sistemático, voltado aos princípios científicos aqui enumerados por CANOTILHO (p. 151):

1 - Unidade da Constituição: A Interpretação Constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;

2 - Efeito Integrador: Primazia aos critérios da integração política e social;

3 - Eficiência: Atribuição de eficácia à norma constitucional;

4 - Justeza: Os órgãos encarregados da interpretação da norma não podem perturbar o esquema organizacional traçado pelo legislador constituinte originário; e

5 - Força Normativa: Entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

No que tange às regras de hermenêutica, podemos tecer considerações atinentes aos objetivos que se buscam a partir delas: Abalizar-se por princípios e por valores e ofertar clareza para o fim de eliminar expressões dúbias.

Hermenêutica, portanto, é a ciência filosófica que possui regras e princípios próprios, norteadores da interpretação de textos.

Já a interpretação transforma textos normativos em normas jurídicas, viabilizando a sua aplicação para as situações que se apresentarem em concreto.

A finalidade mais relevante da produção da norma jurídica, resultante da interpretação do texto legal, é a sua aplicação num caso concreto e isso ocorrerá mediante uma decisão, seja ela judicial ou administrativa.

Ressalte-se, outrossim, que não somente nas decisões judiciais é realizada a interpretação da norma, mas também nas decisões administrativas, sendo certo que estas podem ser objeto de questionamento em sede judicial, ocorrendo, por conseguinte, uma nova interpretação da norma jurídica.

8 – MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

O método representa a maneira pelo qual o cientista orienta sua pesquisa para estudo de determinada área da ciência.

Ou seja, o método é elemento essencial da ciência.

Nesta perspectiva, vários são os métodos articulados pela doutrina para clarificar o caminho pelo qual o intérprete pode trilhar para extrair a significação do enunciado da norma constitucional.

Emergem, nesta dimensão, os denominados métodos de interpretação constitucional.

Os métodos tradicionais, que serão devidamente apresentados neste artigo, são: método jurídico ou hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional.

Em que pese estes serem os tradicionais ofertados pela melhor doutrina, na Jurisprudência nos deparamos com outros, como, por exemplo, o método teleológico: “(...)Esta Suprema Corte⁷, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade (...)”.

a) Método jurídico ou hermenêutico clássico:

Por este método, considera-se a Constituição, em sua forma essencial, uma Lei, logo ela deve ser interpretada segundo as regras tradicionais de interpretação constitucional. Ou seja, a

⁷ Tema de Repercussão Geral n. 329 - RE 627815 - Órgão julgador: Tribunal Pleno - Relator(a): Min. ROSA WEBER - Julgamento: 23/05/2013; Publicação: 01/10/2013.

tarefa do intérprete, enquanto aplicador do direito, resumir-se-ia em descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação.

b) Método tópico-problemático:

No método tópico-problemático não são utilizados os instrumentos hermenêuticos tradicionais.

Os operadores do Direito partem de um problema concreto, e seguem em direção à norma, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos problemas concretizados.

Portanto, em apertada síntese, este método requer do intérprete uma espécie de atividade de reconstrução do Direito, aplicável ao caso concreto, à luz do padrão constitucional e através de um procedimento argumentativo.

c) Método hermenêutico-concretizador:

Por este método, ao contrário do apresentado no item “b” em epígrafe, parte-se da Constituição e segue em direção ao problema.

Ou seja, é exatamente o oposto do quanto verificado anteriormente.

Aliás, o Ministro GILMAR MENDES, faz duras críticas a esse método e afirma que:

(...) a pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio sentido da norma constitucional – de si multívoco -, que ele deve apurar naquele incessante ir e vir entre o substrato e o sentido, que singulariza a dialética da compreensão como ato gnosiológico próprio das ciências do espírito. (MENDES, p. 163)

Assim, o intérprete dialoga constantemente com o texto da Constituição, fazendo com que seus pré-conceitos formados venham a contribuir para a construção do sentido da norma.

d) Método científico-espiritual:

Este método é bastante interessante, pois leva em consideração diversos aspectos. Ou seja, a norma constitucional não é analisada de maneira taxativa, mas sim sob o enfoque da realidade social e dos valores subjacentes do texto da Constituição.

O que dá a sustentação a esse método é a ideia de que a Constituição atua como uma espécie de instrumento de integração, tanto no sentido jurídico-formal como também no sentido político e sociológico, preservando assim, a unidade social.

Outro aspecto a ser abordado, por conta da semântica nominativa conferida ao método ora em debate, diz respeito a premissa de que sendo o Direito Constitucional uma posituação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem como referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa posituação, que lhes confere normatividade. Assim, não deve o interprete encarar a Constituição como sendo algo estático e permanente. A sociedade da informação que nos encontramos propõe tamanho dinamismo que não se pode refutar a partir de normas frias, congeladas no tempo e no espaço.

e) Método normativo – estruturante:

A premissa básica deste método é a de que existe uma vinculação estreita entre o comando do texto e os fatos que ele pretende regular.

Os doutrinadores defendem que, no método normativo – estruturante, seria possível a criação de uma nova norma para cada conflito, isso porque este método reconhece a inexistência de identidade entre a norma jurídica e o texto normativo. Para esse método, a norma terá de ser concretizada não somente pela atividade do Poder Legislativo, mas também pela atividade do Judiciário e também do Executivo.

f) Método da comparação constitucional:

Por este método, podemos concluir que se faz uso da comparação dos métodos anteriormente citados, acrescido da experiência oriunda do direito comparado.

Com efeito, sendo o direito comparado um processo de busca e constatação de pontos comuns ou divergentes entre os dois ou mais direitos nacionais então parece lógico que, para compreender e, a seguir, poder confrontar os diferentes sistemas constitucionais, os comparativistas devam utilizar os mesmos métodos de interpretação de que se valem os constitucionalistas, em geral, sem o que não conhecerão aquilo que pretendem cotejar.

9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

No tocante aos fenômenos constitucionais, provenientes de nova constituição e ordem jurídica anterior, verificamos a necessidade de contextualizar o momento em que se encontra o Estado, para justificar a necessidade de uma nova ordem Constitucional.

Este fato, atrelado muitas vezes por conta de crises sociais e políticas faz com que a dinâmica do Ordenamento sofra profundas mudanças, de modo que as interpretações legislativas também passam por uma revisão acerca de sua compatibilidade.

Assim, conseguimos criar, a partir desta primeira conclusão, um elo com a segunda parte que foi abordada neste artigo (Hermenêutica).

Ora, diante dos métodos e princípios que foram aqui elencados, verificamos a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da certeza e da segurança jurídica, principalmente em período de crises institucionais do Estado, que movimentam o surgimento de uma Nova Constituição.

Neste diapasão, conclui-se que a Constituição apresenta-se como limite à interpretação, devendo as normas infraconstitucionais ser interpretadas conforme a Carta Magna.

10 – REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. Direito constitucional, 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro, Hermenêutica e interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituições brasileiras. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696#:~:text=O%20Brasil%20teve%20sete%20Constitui%C3%A7%C3%B5es,1988%2C%20que%20completa%2030%20anos.&text=As%20constitui%C3%A7%C3%B5es%20nascem%20ou%20morrem,ordem%20pol%C3%ADtica%2C%20econ%C3%B4mica%20ou%20social>. Acesso em 22 abr. 2023.

BRASIL. Constituição Federal de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 386.820-AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento ocorrido em 24.06.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 602.277/BA-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 16/3/15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema de Repercussão Geral nº 329 - RE 627815 - Órgão julgador: Tribunal Pleno - Relator(a): Min. ROSA WEBER - Julgamento: 23/05/2013; Publicação: 01/10/2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA SEGUNDO, Jair Soares de. Hermenêutica constitucional: neoconstitucionalismo e mitologia jurídica no automatismo do juiz. Curitiba: Juruá; Curitiba: 2015.

PORTUGAL. Constituição Portuguesa de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 abr. 2023.