

**NORMA CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERTEMPORAL |**  
CONSTITUTIONAL NORM AND INTERTEMPORAL LAW

REIS FRIEDE

**RESUMO** | O presente artigo discorre sobre o conceito e a classificação das normas constitucionais, analisando, ainda, os fenômenos da recepção, repristinação, desconstitucionalização e mutação constitucional.

**ABSTRACT** | *The current article deals about the concept and the classification of the constitutional norms, analyzing, furthermore, the phenomena of reception, repristination, deconstitution and constitutional mutation.*

**PALAVRAS-CHAVE** | Norma constitucional. Direito intertemporal. Recepção. Repristinação. Mutação.

**KEYWORDS** | *Constitutional norm. Intertemporal law. Reception. Repristination. Mutation.*

## 1. INTRODUÇÃO

**N**ão obstante a existência das mais diversas classificações a respeito das normas constitucionais (em essência, de conteúdo político-jurídico), decerto que a abordagem alusiva ao conteúdo intrínseco de tais normas reveste-se de capital importância. Neste aspecto, as normas constitucionais se subdividem, segundo a ampla maioria dos estudiosos, em normas materialmente (ou substancialmente) constitucionais e em normas formalmente constitucionais.

## 2. NORMAS CONSTITUCIONAIS

Desde logo, duas observações devem ser consignadas, de modo a afastar qualquer dúvida terminológica a propósito do tema. A primeira concerne à necessária diferenciação que deve ser estabelecida entre normas (materialmente ou formalmente) constitucionais e Constituição (em sentido material ou formal).

Constituição material diz respeito ao ordenamento político-jurídico fundamental do Estado, independente de sua formalização, incluindo-se, nesta categoria, apenas as normas materialmente (ou substancialmente) constitucionais. Constituição formal, em contraste, retrata uma formalização própria do ordenamento (inclusive através de uma eventual codificação), permitindo a coexistência entre as normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais.

A advertência anterior objetiva afastar qualquer equivocada compreensão que possa sugerir a existência de sinonímia entre as expressões norma materialmente constitucional e Constituição material, e entre norma formalmente constitucional e Constituição formal.

A segunda observação, por sua vez, reflete uma necessária e especial atenção que se deve emprestar ao estudo da matéria em epígrafe, considerando que existem autores, ainda que adeptos de uma corrente minoritária, que simplesmente sustentam inexistir diferenciação hierárquica (ou

de qualquer outra natureza) em relação às normas ínsitas no texto constitucional formalizado.

De qualquer sorte, e independente de outras considerações, normas materialmente (ou substancialmente) constitucionais podem ser definidas como aquelas em que há nítido conteúdo constitucional, disciplinando, desta feita, questões associadas diretamente ao Estado, incluindo a forma de Estado [unitário (centralizado ou descentralizado), federal ou confederal (controvertido)], a forma de governo [incluindo o sistema de governo (monarquia ou república) e o regime de governo (parlamentar, onde as funções de chefia do Estado e do governo são exercidas por pessoas diversas, e presidencialista, onde as funções são concentradas em uma só pessoa)], o regime político [democracia direta ou indireta (representativa ou plebiscitária e de referendium)], o poder e as formas de exercício do poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), o modo de aquisição do poder (sistema eleitoral, sistema de consanguinidade, concurso público, etc), a estruturação dos órgãos do poder [Juízos e Tribunais (no âmbito do Judiciário), Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União (no âmbito do Legislativo), Órgãos de Assistência e de Assessoramento (no âmbito do Executivo)], as atribuições destes órgãos (competências) e os limites da ação estatal (definidos, especialmente, pelos direitos e garantias fundamentais do homem).

“Regras materialmente constitucionais são, em suma, as que, por seu conteúdo, se referem diretamente à forma do Estado (p. ex. as que o definem como Estado federal), forma de governo (p. ex., democracia), ao modo de aquisição (p. ex., sistema eleitoral) e exercício do poder (p. ex., atribuições de seus órgãos), estruturação dos órgãos de poder (p. ex., do Legislativo ou do Executivo), aos limites de sua ação (p. ex., os traçados pelos direitos fundamentais do homem).” (FILHO, 1996, p. 10)

Normas formalmente constitucionais, por seu turno, podem ser definidas como aquelas que não possuem conteúdo constitucional, disciplinando, ainda que dentro do contexto da Constituição, regramento estranho à matéria concernente ao fundamento do Estado. Em princípio, tais normas, sob a ótica jurídica, não deveriam estar inseridas no Texto Constitucional, e somente lá se encontram presentes por razões políticas, em

decorrência da maior estabilidade (rigidez) conferida às regras ínsitas na Constituição.

“Tais regras têm apenas a forma de constitucionais. São, portanto, normas (apenas) formalmente constitucionais.

A inclusão dessas regras de conteúdo não constitucional no corpo da Constituição escrita [...] visa especialmente a sublinhar a sua importância. E, quando esta Constituição é rígida [...], fazê-las gozar da estabilidade que a referida Constituição rígida confere a todas as suas normas.” (FILHO, 1996, p. 11)

Finalmente, existe, ainda, a hipótese de uma norma que possua substrato (conteúdo) constitucional (considerando que versa sobre matéria relativa à essência do Estado), mas que, por motivos exclusivamente políticos (como permitir maior flexibilização no processo de reforma ou alteração), não se encontra inserida no Texto Constitucional.

Da classificação das normas jurídicas de um modo geral, e das normas constitucionais em particular, deflui, naturalmente, o processo de hierarquização do ordenamento jurídico, permitindo, desta feita, a caracterização intrínseca da própria noção de supremacia constitucional.

“Dizer que existe tutela específica da Constituição significa afirmar que a Lei Fundamental se beneficia de um regime jurídico diferente. Com efeito, as normas componentes de um Ordenamento Jurídico encontram-se dispostas segundo uma *hierarquia* e formando uma espécie de pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo, a ela se encontram subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite. A norma superior demanda obediência, de tal sorte que esta lhe deverá dar sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada. Vê-se, assim, pois, que a um regime especial para a sua produção corresponde, de outro lado, uma *posição hierárquica superior das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais*. Portanto, é na Constituição formal que se pode ficar evidenciada a superioridade das normas constitucionais sobre as ordinárias. Nos países que adotam Constituições formais, caracterizadas, como visto, por um processo de elaboração mais dificultoso que o previsto para as leis ordinárias, assim como por um regime jurídico constitucional, dá-se em razão deste próprio regime jurídico uma ascendência, uma superioridade, uma maior importância em favor das regras por ele beneficiadas, de tal maneira que elas passam a conformar, a moldar, a jungir a seus férreos princípios toda a atividade jurídica submetida ao seu sistema. Qualquer ato jurídico de natureza infraconstitucional padecerá do supremo vício da ilegalidade, o qual, no caso, em razão de ser praticado contra a Lei Maior, denomina-se inconstitucionalidade. A *supremacia das normas constitucionais* é assegurada através de processos próprios, que vem negar aplicação, negar executoriedade aos atos praticados contra seus comandos e até mesmo suprimir em definitivo uma lei inconstitucional.” (BASTOS, 1997, p. 46-47)

Entretanto, deve ser assinalado que o processo de hierarquização do ordenamento jurídico é bem mais complexo do que sustentam alguns autores e, neste sentido, sequer o ápice da chamada pirâmide hierárquica repousa propriamente na Constituição (em seu sentido formal), ou mesmo esta, como já visto, possui uma única espécie de norma constitucional.

Muito pelo contrário, o grau de maior hierarquia do ordenamento jurídico compreende o denominado nível supraconstitucional, comportando, neste particular aspecto, a chamada norma fundamental, conforme idealizado por HANS KELSEN, em sua Teoria Pura do Direito.

No que concerne à aplicabilidade das normas constitucionais, a teoria alude à clássica divisão proposta, nos idos do século XIX, pela doutrina americana, em particular por THOMAS COOLEY. Segundo uma perspectiva bipartida, as normas constitucionais podem ser concebidas a partir das seguintes denominações: a) normas autoexecutáveis (self-executing) e b) normas não autoexecutáveis (not self-executing).

“Convém assinalar que nem toda norma constitucional tem aplicabilidade imediata. Como ensinava a doutrina clássica (THOMAS COOLEY, RUY BARBOSA, etc) e ensina hoje JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, t. 2, p. 216 e segs.), as regras constitucionais ou são autoexecutáveis ou não autoexecutáveis.

As normas autoexecutáveis são aquelas que, sendo completas e definidas quanto à hipótese e à disposição, bastam por si mesmas e assim podem e devem ser aplicadas de imediato. Têm, portanto, aplicabilidade imediata.

As normas não autoexecutáveis são aquelas que não podem ter aplicação imediata, porque dependem de regra ulterior que as complemente. Não tem, por efeito, aplicabilidade imediata.

Três são as espécies de regras não autoexecutáveis: a) normas incompletas, ou seja, aquelas que não são suficientemente definidas, seja quanto à hipótese, seja quanto à disposição; por exemplo, normas que criam institutos processuais, mas não esclarecem qual o procedimento aplicável; b) normas condicionadas, isto é, aquelas que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes; c) normas programáticas, quer dizer, as que indicam planos ou programas de atuação governamental. Estas não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas para que possam tornar-se efetivas. É o caso de uma norma constitucional que reconheça um direito à habitação. A sua aplicação dependerá de uma lei de regulamentação que estabeleça as condições de aquisição do direito. Entretanto, esta lei não bastará para que esse direito se efetive; necessário será que haja casas, que se construam habitações, medida que é do âmbito do Poder Executivo.” (FILHO, 1996, p. 11)

Em termos simples, as normas constitucionais autoexecutáveis, como a própria designação sugere, são dotadas de autoexecutoriedade, estando perfeitamente aptas a gerar efeitos jurídicos, independentemente de qualquer iniciativa a ser tomada pelo legislador ordinário, na exata medida em que se revestem do atributo da completude. Em contraposição, as pertinentes à segunda categoria referida demandam uma atuação legislativa posterior, posto que incapazes de viabilizarem os direitos nelas consagrados.

“As normas constitucionais autoaplicáveis não carecem da interposição do legislador ordinário para tornarem-se aplicáveis, abrangendo as *normas preceptivas* (normas que exigem uma conduta positiva) e *normas proibitivas* (normas que impõem uma conduta negativa).

As *normas constitucionais não-autoaplicáveis* dependem da interposição do legislador ordinário para tornarem-se aplicáveis, alcançando as *normas interpretativas* (normas que indicam o sentido, alcance e conteúdo de outras), *normas declarativas ou explicativas* (normas que contêm definições de conceitos) e *normas permissivas ou facultativas* (normas que atribuem uma permissão, não impondo nenhuma conduta comissiva ou omissiva).” (MORAES, 2008, p. 79)

SILVA, em oposição crítica ao preconizado pela doutrina americana, propõe uma perspectiva classificatória tripartida, afirmando, de início, que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, sem embargo de poderem ser classificadas em: a) normas constitucionais de eficácia plena, b) normas constitucionais de eficácia contida c) e normas constitucionais de eficácia limitada, conforme sintetizado por TEMER:

“Por tudo isto é que JOSÉ AFONSO DA SILVA, monografista do tema, salienta que aplicabilidade é a qualidade daquilo que é aplicável.

São aplicáveis, segundo esse dizer, todas as normas constitucionais, pois todas são dotadas de eficácia jurídica.

Nesse tema, JOSÉ AFONSO DA SILVA presta inegável contribuição doutrinária ao sustentar aquela eficácia, descrevendo os seus graus.

Insurge-se como VEZIO CRISAFULLI contra a concepção da doutrina americana, segundo a qual certas normas, de natureza programática, somente ganhariam eficácia após a edição de lei integrativa daqueles preceitos.

No seu trabalho, o ilustre professor agrupa as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, da seguinte forma:

a) *Normas constitucionais de eficácia plena*: são aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente de legislação posterior para a sua inteira operatividade. Desse teor é a norma do art. 1º da Carta Constitucional: ‘A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]’. Como a do art. 2º: ‘São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.’

São normas bastantes entre si, que não necessitam da intermediação do legislador infraconstitucional.

*b) Normas constitucionais de eficácia contida:* são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de normas constitucionais de *eficácia redutível ou restringível*. Desse teor é o preceito do art. 5o, XIII: ‘é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.’

O dispositivo é de aplicabilidade plena, mas sua eficácia pode ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer. Enquanto não sobrevém a legislação restritiva, o princípio do livre exercício profissional é pleno.

*c) Normas constitucionais de eficácia limitada:* são aquelas que dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamento daqueles interesses visados.

São divididas, pelo aludido monografista, em normas de *princípio institutivo e normas de princípio programático*. Ambas de eficácia limitada. As primeiras são as que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na norma constitucional. Desse teor é a prescrição do art. 18, § 3o, da CF: ‘Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.’ As últimas (programáticas) são as que estabelecem um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade constituinte. Desse teor é a norma do art. 205: ‘A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.’ São normas dotadas de eficácia jurídica porque têm o efeito de impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo Constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhe dê plena aplicabilidade.

É interessante notar que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático trazem consigo, pelo menos algumas, a ideia de instituição.

Com efeito, não se pode pensar em educação senão mediante a instituição, a organização, a formação de organismos ou órgãos que realizem tais misteres.

É importante observar, por outro lado, que os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5o têm aplicação imediata, segundo o comando expresso no § 1o do aludido dispositivo.

Significa, a nosso ver, que os princípios fundamentais ali estabelecidos podem ser invocados na sua plenitude, até que sobrevenha legislação regulamentadora, quando for o caso, de sua utilização. Caso típico é o do Mandado de Segurança Coletivo, o do *Habeas Data* e do Mandado de Injunção, que podem ser utilizados independentemente de qualquer regulamentação.” (TEMER, 1989, p. 26-28)

Assim, em termos conceituais, as normas constitucionais de eficácia plena ostentam aplicabilidade direta, imediata e integral, posto que prescindem de “qualquer regulamentação para tornarem-se aplicáveis (aplicabilidade direta), são suscetíveis de aplicação sem solução de continuidade (aplicabilidade imediata) e não podem ter o seu alcance contido pela legislação

infraconstitucional (aplicabilidade integral)". Por seu turno, as de eficácia contida) "não são dotadas de aplicabilidade integral", tendo em vista que "o alcance do preceito pode ser reduzido pela legislação ordinária", o que significa dizer que "a norma infraconstitucional logra restringir os efeitos da norma constitucional regulamentada". Por fim, as de eficácia limitada "não são providas de aplicabilidade direta e imediata, vez que carecem de regulamentação para tornarem-se aplicáveis, de modo que a norma infraconstitucional torna aplicável a constitucional no momento em que foi produzida", sendo estas desdobradas em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático (MORAES, 2008, p. 80-81).

LENZA (2012, p. 217) registra que as normas constitucionais de eficácia plena (aplicabilidade direta, imediata e integral) encontram-se aptas, desde o momento em que a Constituição passa a vigorar, "a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional (situação esta que pode ser observada, também, na hipótese de introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º)", aproximando-se, pois, daquilo que a doutrina clássica norte-americana convencionou chamar de "normas autoaplicáveis (*self-executing, self-enforcing ou self-acting*)", invocando, como exemplos, as normas contidas nos arts. 2º; 14, § 2º; 17, §4º; 19; 20; 21; 22; 24; 28, caput; 30; 37, III; 44, parágrafo único; 45, caput; 46, § 1º; 51; 52; 60, § 3º; 69; 70; 76; 145, § 2º; 155; 156; 201, §§ 5º e 6º, todos da CF.

Em contraste com as anteriores, as normas constitucionais de eficácia contida (apesar de serem dotadas de aplicabilidade direta e imediata) não possuem aplicabilidade integral. Assim, "embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência" (LENZA, 2012, p. 218), restrição que poderá se "concretizar não só através de lei infraconstitucional mas, também, em outras situações, pela incidência de normas da própria Constituição, desde que ocorram certos pressupostos de fato, por exemplo, a decretação do estado de defesa ou de sítio, limitando diversos direitos (arts. 136, § 1º, e 139 da CF)", citando, em adição, o disposto no art. 5º, XIII, da CF, segundo o qual "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão,

atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, de modo que a “lei infraconstitucional pode reduzir a amplitude do direito constitucionalmente assegurado”. Por derradeiro, as normas constitucionais de eficácia limitada “são aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional”, sendo caracterizadas, portanto, por possuírem “aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida” (LENZA, 2012, p. 218-220).

Discorrendo sobre a mesma abordagem classificatória, e tendo em mira os critérios da intangibilidade e da produção de efeitos, DINIZ (2000, p. 382-383) contribui para o estudo em epígrafe oferecendo uma visão quadripartida das normas constitucionais. Assim, propõe a autora o seguinte esquema teórico: *a)* normas constitucionais de eficácia absoluta, “se inatingíveis, insuscetíveis de emenda, daí conterem força paralisante total de toda a legislação que vier a contrariá-las”, mencionando como exemplos os arts. 1º, 2º e 5º, I a LXXVII, da Constituição; *b)* normas constitucionais de eficácia plena, “quando suficientes para disciplinar as relações jurídicas ou o processo da sua efetivação, por apresentarem todos os requisitos necessários para produzir os efeitos previstos imediatamente, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação ulterior” (arts. 14, § 2º; 69, 155 e 156 da CF), correspondendo às normas constitucionais de eficácia plena, segundo a aludida abordagem tripartida; *c)* normas constitucionais de eficácia relativa restringível, dotadas de aplicabilidade imediata, “embora sua eficácia possa ser reduzida nos casos e na forma que a lei estabelecer”; correspondem, pois, às normas constitucionais de eficácia contida de JOSÉ AFONSO DA SILVA: “nelas a possibilidade de produzir os efeitos é imediata, embora sujeita a restrições que elas mesmas prevêm (p. ex.: normas que prescrevem regulamentação delimitadora); são normas dependentes de complementação por elas mesmas previstas ou resultante inequivocamente do sentido da disposição normativa (CF, arts. 59, XII e LXVI, 139 e 170, parágrafo único)”; *d)* normas constitucionais de eficácia relativa complementável, quando a “possibilidade de produzir efeitos é mediata, dependendo de norma posterior que lhe desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou benefício

consagrado”, de modo que, “enquanto não promulgada lei complementar ou ordinária, o dispositivo constitucional não produzirá efeito positivo”, correspondendo, segundo a classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, às normas constitucionais de eficácia limitada.

Especial destaque há de ser dado às chamadas normas constitucionais programáticas, as quais, de acordo com MIRANDA (1990, p. 218), podem ser traduzidas em normas “de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao Ordenamento Constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia”, razão pela qual, prossegue o autor português, “não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as envolvem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição)”.

Consoante assevera PIMENTA (2012, p. 7-20), tais normas “buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir”, regras que, historicamente, surgiram com o advento do “Estado Social, no período posterior à Primeira Guerra Mundial, notadamente após a crise de 1920”, quando, então, “o Estado passou a intervir de forma constante no domínio econômico, transformando-se no principal protagonista da cena econômica”.

Em relação à respectiva tipologia, as normas programáticas, segundo o mesmo autor, podem ser classificadas em quatro tipos: *a)* normas programáticas em sentido estrito (“mencionam uma legislação futura para a atuação positiva do programa que veiculam, ou seja, prevêm um programa, exigindo que o legislador o implemente por meio de lei”; “sendo assim, criam para os seus destinatários direito subjetivo a prestações normativas, pois normas gerais deverão ser veiculadas por meio de lei para que o direito seja satisfeito”); *b)* normas programáticas meramente definidoras de programas (“estabelecem os programas, porém não mencionam a necessidade de atuação do legislador por meio de lei”; “contudo, isso não impede a adoção de

providências normativas. Logo, dependendo da situação, essas normas poderão gerar direitos a prestações fáticas ou normativas”); c) normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos (“enunciam direitos, geralmente econômicos ou sociais, sem estabelecer a forma como deverão ser implementados, vinculando, todavia, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional”; “essa modalidade de direito fundamental pode ser satisfeita por meio de prestações normativas ou fáticas, a depender da estrutura do enunciado prescritivo que o veicule, tendo em vista que alguns direitos sociais são extremamente complexos, exigindo para a sua satisfação a realização de um leque grande de ações estatais, que podem ir desde prestações em dinheiro até a elaboração de normas gerais”); d) normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado (“fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza, inclusive os de natureza econômica e social”; “tais normas estabelecem os objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado. Logo, são normas que estabelecem um direito a uma prestação estatal, direito a algo (*Rechte auf etwas*), na feliz expressão de ROBERT ALEXY”).

Assim, em conclusão, defende PIMENTA (2012, p. 7-20) que todas as espécies de normas programáticas acima mencionadas geram direitos subjetivos a prestações positivas, “variando o tipo de direito conforme a modalidade da norma programática”, cuja concretização “poderá importar em custos financeiros ao Estado”, sendo certo que, diante da incontestável limitação de recursos públicos, cumpre “encontrar uma fórmula para solucionar o problema”. Neste sentido, PIMENTA (2012, p. 7-20) recorda a *teoria da reserva do possível* (*Der Vorbehalt des Möglichen*), surgida na Alemanha nos idos dos anos 1970, “a qual corresponde à ideia de que a efetivação de direitos constitucionais sociais submete-se à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos”, disponibilidade de recursos que “deve ser avaliada pelo Poder Legislativo, pois é o órgão que detém competência constitucional para elaborar o orçamento público”. Esta teoria figurou como objeto de discussão em vários julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual vem decidindo pela

inoponibilidade da *cláusula da reserva do possível* ante o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais, tal como o que restou firmado pela Segunda Turma no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 855.476/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em 16.02.2016.

### **3. NORMA CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERTEMPORAL**

Em decorrência do passar do tempo e do advento de uma nova ordem constitucional, alguns importantes fenômenos podem ocorrer, ensejando, por consequência, três teorias a eles associadas, a saber: a recepção, a repristinação e a desconstitucionalização.

#### **3.1 Recepção**

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), a lei nova (em seu sentido amplo) revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita), o que pode ocorrer total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação).

Nesse contexto, a questão central consiste em saber quando o advento de um novo Texto Constitucional acarreta a revogação de uma norma infraconstitucional anterior. Em resposta, cumpre ter em vista que a nova ordem constitucional inaugurada sempre recebe a normatividade infraconstitucional que lhe é perfeitamente compatível, ainda que tal acolhimento possa ocorrer a partir de uma nova “roupagem normativa”, originando, pois, o fenômeno da recepção, segundo o qual a legislação infraconstitucional produzida antes da instalação de uma nova Constituição será considerada acolhida pelo novel Texto Magno, continuando, por princípio de economia e segurança legislativa, a vigor no âmbito próprio de sua atuação ordinária.

“Assim, com o propósito de evitar-se o infundável trabalho de reiniciar a construção do sistema de normas ordinárias, apercebeu-se que muito mais apropriado e coerente seria fazer com que as leis inferiores à Constituição pudessem ser aproveitadas quando compatíveis com as normas constitucionais, originando, desse modo, o fenômeno chamado de *recepção constitucional*.

Com isso, no Brasil, aplica-se o *princípio da continuidade da Ordem Jurídica*, que significa o aproveitamento dos atos legislativos anteriores quando compatíveis com a nova Constituição.” (NETO, 2009, p. 145)

De qualquer modo, importante frisar que, excepcionalmente, a lei anterior poderá adquirir um novo “rótulo normativo” (dentro do espectro legislativo infraconstitucional), exatamente o que se sucedeu, por exemplo, com o Código Penal de 1940, editado sob a vigência da Carta de 1937, ocasião em que era perfeitamente possível tratar de matéria penal por meio de decreto-lei (Decreto-Lei nº 2.848/40), o que não mais se admite na presente quadra, tendo em vista que, de acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição de 1988, cabe ao Congresso Nacional legislador sobre Direito Penal. Com efeito, diante da incidência do fenômeno em epígrafe, é possível concluir que o Código Penal de 1940 restou recepcionado como lei ordinária pelo Texto Constitucional atual.

### 3.2 Repristinação

Por outro lado, pode ocorrer que uma determinada lei ordinária (**X**) tenha sido tacitamente revogada (vale dizer, não recepcionada) por uma Constituição posterior (**Y**), a qual, em um momento seguinte, deixa de vigorar ante o advento de uma nova Carta Fundamental (**Z**). Verifica-se, ademais, que a referida lei ordinária (**X**), isto é, aquela que não havia sido recepcionada pela Constituição (**Y**), revela-se, agora, perfeitamente compatível com a nova Lei Maior (**Z**), donde surge a seguinte dúvida: tal quadro permitiria a restauração da vigência da lei ordinária (**X**)?

Em resposta, cumpre registrar que, por questão de segurança jurídica, tal fenômeno, denominado de repristinação, somente é admitido, em nossa legislação, quando expressamente previsto e autorizado, conforme preconiza, inclusive, o art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a

vigência”. Sem embargo desta possibilidade excepcional, e conforme bem adverte NETO, não nos parece conveniente proceder à repristinação de lei já revogada, tendo em vista a possibilidade de se instaurar um quadro de insegurança jurídica.

“No que concerne à *repristinação*, ou seja, a possibilidade de restauração da eficácia da norma revogada pela perda de vigência da norma revogadora, não nos parece que o mero advento de um novo texto constitucional tenha o condão de restaurar a eficácia de lei ordinária revogada pela Constituição anterior.

E por quê? Basicamente em virtude do fato de tal procedimento instilar grande insegurança nas relações jurídicas, cujos efeitos já se consolidaram, tornando, portanto, impróprio o retorno à situação antecedente”. (NETO, 2009, p. 146)

Destarte, no cenário hipotético examinado, a edição da Constituição (Z) por si só não restauraria, de modo automático, a vigência da lei ordinária (X).

### 3.3 Desconstitucionalização

Por desconstitucionalização entende-se o “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, 2012, p. 202-203).

Sem embargo de sua admissão por alguns autores nacionais e estrangeiros, fato é que tal fenômeno não tem se verificado no âmbito das Constituições Federais, não obstante ser possível sob o prisma teórico, desde que a nova Constituição expressamente autorize a manutenção, enquanto legislação infraconstitucional, de dispositivos integrantes da Carta anterior. Até mesmo porque, conforme cediço, “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, 2012, p. 203).

“A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.

Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.

A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores se com ela forem compatíveis.

É o fenômeno da *recepção* que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.

Ressalte-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem.

Explica-se: com o advento de nova Constituição, a ordem normativa anterior, comum, perde seu antigo fundamento de validade para, em face da recepção, ganhar novo suporte. Da mesma forma, aquela legislação, ao ser recebida, ganha a natureza que a Constituição nova atribui a atos regentes de certas matérias. Assim, leis anteriores tidas por *ordinárias* podem passar a *complementares*; decretos-leis podem passar a ter a natureza de *leis ordinárias*.

Se isto ocorre com a legislação imediatamente anterior, pergunta-se: A Constituição nova recebe, também, a legislação nascida sob o império de Constituições revogadas pela que a antecedeu e que, em face desta, perderam sua eficácia? A nova Constituição restaura, automaticamente, a legislação aludida? A resposta é negativa.

A legislação infraconstitucional que perdeu sua eficácia diante de um texto constitucional não se restaura pelo surgimento de nova Constituição.

Essa restauração de eficácia é categorizável como *represtinação*, inadmitida em nome do princípio da segurança e da estabilidade das relações sociais. O permanente fluxo e refluxo de legislação geraria dificuldades insuperáveis ao aplicador da lei, circunstância não desejada pelo Constituinte.

Uma hipótese de *represtinação*, entretanto, é possível, lembra CELSO BASTOS: a de sua previsão expressa.

Outra preocupação é a que se refere à possibilidade de recepção, pela nova ordem constitucional, como leis ordinárias, de disposições da Constituição anterior. É a chamada teoria da *desconstitucionalização*.

No particular, ficamos com CELSO BASTOS, para quem a tese da desconstitucionalização não é de ser aceita, em nosso entender, uma vez que as antigas leis constitucionais não encontram explicação para serem rebaixadas à categoria de leis ordinárias sem disposições nesse sentido na nova Constituição.” (TEMER, 1989, p. 39-40)

#### 4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Uma vez evidenciada a importância da interpretação levada a efeito pelo Poder Judiciário como um todo, cabe analisar, em particular, a questão inerente à interpretação judicial como mecanismo para promover a chamada mutação constitucional, fenômeno que BULOS (1997, p. 54) descreve como sendo “o processo informal de mudanças da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *lex legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”.

A origem da figura jurídica em tela, segundo leciona KUBLISCKAS (2009, p. 70) teria surgido pela lavra de PAUL LABAND (*Die Wandlungen der*

*deutschen Reichsverfassung*, de 1895), particularmente ao estabelecer a distinção entre reforma constitucional (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*). Concordando com a mesma origem histórica, assevera o Ministro EROS GRAU:

“Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÚ DAU-LIN, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material.”

(STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014, trecho do voto proferido pelo Min. EROS GRAU)

Ainda sob uma perspectiva histórica, recorda BOTELHO (2011, p. 19): “buscando fundamentação no princípio do *stare decisis* e na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos, lançando dúvidas sobre verdades atemporais, paradigmas ou princípios supostamente neutros, que não mais são capazes de solucionar questões constitucionais”.

Segundo o Ministro EROS GRAU (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014), a mutação constitucional consiste em se promover uma transformação no sentido do enunciado da Constituição, sem que se empreenda, para tanto, qualquer alteração na redação do próprio texto, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.

“Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a

interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.” (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014, trecho do voto proferido pelo Min. EROS GRAU)

Em uma nítida referência ao fenômeno em epígrafe, cumpre registrar que o Ministro CELSO DE MELLO (STF, Segunda Turma), quando do julgamento, em 23.09.2008, do *Habeas Corpus* nº 91.361/SP, destacou a relevância da “interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição”, bem como “a legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea”. Em outra ocasião, CELSO DE MELLO, também atento às mudanças sociais que demandam uma nova leitura do Texto Magno, aptas a ensejar o fenômeno em comento, explica que “o exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder”, concluindo, então, que “no poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Por conseguinte, conclui o Ministro que “a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental” (STF,

Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 04.10.2007).

Em outro julgado em que se debateu sobre o mesmo tema, anotou o Ministro LUIZ FUX que “o hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes”. Assim, segundo o Ministro FUX, o “princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República”. Com efeito, para LUIZ FUX, “o desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional” (STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 01.10.2015).

Na mesma linha de pensamento, o Ministro GILMAR MENDES registrou que, “com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão”, podendo, inclusive superar (total ou parcialmente) “a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da

Constituição” (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.374/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 18.04.2013).

Não obstante, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao proferir o seu voto, advertiu que “os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites”, sob pena de redundar em “mutações inconstitucionais”.

Da dicção levada a efeito pelos referidos Ministros extrai-se uma afirmação comum: a possibilidade de a Suprema Corte, motivada pelas atuais demandas da sociedade, proceder a uma nova exegese do Texto Constitucional, ainda que a redação do dispositivo sobre o qual recai a tarefa interpretativa permaneça o mesmo, proceder que, no entanto, encontra limites, conforme registrado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional: a Constituição Viva de 1988*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997.

BRASIL. STF. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4 out. 2007.

BRASIL. STF. *Habeas Corpus* nº 91.361/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23 set. 2008.

BRASIL. STF. Reclamação nº 4.374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 18 abr. 2013.

BRASIL. STF. Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 20 mar. 2014.

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 1 out. 2015.

BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 855.476/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 16 fev. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 23<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

KUBLISCKAS, Wellington. *Emendas e Mutações Constitucionais: Análise dos Mecanismos de Alteração Formal e Informal da Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 4<sup>a</sup> ed., tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*, 4<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As Normas Constitucionais Programáticas e a Reserva do Possível*, Revista de Informação Legislativa, ano 49 n<sup>o</sup> 193, p. 7-20, Brasília, jan./mar. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2015.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

Recebido em | 07/01/2020

Aprovado em | 13/04/2020

Revisão Português/Inglês | Vitor de Paiva Kiffer

## **SOBRE O AUTOR** | ABOUT THE AUTHOR

REIS FRIEDE

Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2<sup>a</sup> Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: reisfriede@hotmail.com.