

Efeitos da Constituição

Sobre o Direito Anterior

MÁRCIO ANTONIO INACARATO

Promotor Público, Curador de Massas Falidas da Capital de São Paulo. Professor de Direito Comercial das Faculdades Metropolitanas Unidas.

SUMARIO

- 1 — O ato constituinte e a Constituição.
- 2 — Efeitos da nova Constituição sobre a Constituição anterior.
- 3 — Efeitos da nova Constituição sobre a legislação ordinária anterior.
- 4 — Efeitos da nova Constituição sobre os direitos adquiridos.

1 — *O ato constituinte e a Constituição*

A distinção entre “poder constituinte” e “poderes constituídos” é, na feliz expressão de CARLOS SANCHES VIAMONTE, a mais importante criação de toda a teoria do constitucionalismo.

A partir do momento em que se forneceu à teoria do poder constituinte sua exata diferenciação, aí se criaram condições para um melhor desenvolvimento do Direito Constitucional dos povos. É que, distinguindo-se o poder constituinte dos poderes constituídos, ao mesmo tempo afirmava-se a supremacia da Constituição face às leis ordinárias.

A partir do momento em que se estabeleceu que a Constituição só poderia ser modificada pelo próprio poder que a editou, *ipso facto* concluiu-se que as leis ordinárias não têm o condão de alterar as disposições constitucionais.

Ensinam os doutrinadores que o poder constituinte originário é revolucionário, por sua própria natureza. Tal se fez sentir mais agudamente quando se elaboraram as primeiras constituições escritas: o direito constitucional, daí resultante, surgiu justamente para amparar as pretensões da nova classe que ascendia no quadro político, econômico e social, que não a nobreza e o clero. Classe esta que justamente SIEYÈS denominou de “terceiro Estado”.

Ora, natural que as classes até então dominantes não aceitassem sem lutas a ascensão da burguesia, classe dominada.

Assim é que se afirma que a revolução é o instrumento do poder constituinte, e que este se exprime geralmente através dela.

Manifestação revolucionária, o poder constituinte é definido nas searas positivistas como “força social” que introduz no ordenamento jurídico a Constituição.

A Constituição é, pois, obra do poder constituinte, que perdura, ainda após a edição da mesma.

E por que perdura? Porque o poder constituinte é expressão de liberdade, é manifestação da liberdade, do direito que tem o povo de edificar a estrutura jurídica da comunidade em que vive.

Assim, o poder constituinte, cujo titular é o povo, permanece até enquanto tenha vigência a Constituição elaborada por ele, até quando o “ideal de direito”, de que nos fala HAURIUO, se mantenha o mesmo no seio do povo.

É que o poder constituinte, introduzindo uma Constituição, introduz com ela as idéias vitoriosas da revolução que ensejou sua criação.

Todo grupo revolucionário, como tão bem salientou o ilustre titular da Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP — Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO —, tem a sua própria “cosmovisão”, tem as suas próprias idéias de como deve organizar-se e reger-se a sociedade.

Vitoriosa a revolução, o grupo vitorioso tem a necessidade de “legitimar-se”.

O fenômeno da legitimidade, tão bem estudado por CARL SCHMITT, em sua obra “Teoria de la Constitución”, começou a ser estudado e compreendido a partir da Restauração Monárquica ocorrida em França a partir da queda de Napoleão, em 1814. Até então se confundiam “legitimidade” e “legalidade”. A partir daí, a legitimidade adquiriu transcendental importância, para explicar a aceitação da revolução vitoriosa no mundo jurídico.

Revolução esta que amiúde se faz contra a “legalidade” existente, mas que por vezes conta desde logo com a “legitimidade”.

É que, se o “ideal de direito” do grupo revolucionário coincide com o “ideal de direito” do povo, decorre a aceitação imediata das medidas tomadas pelo grupo revolucionário, através do mecanismo que se convencionou chamar de *consensus*.

Assim, vitoriosa a revolução, edita o governo revolucionário o seu “ato constituinte”, ato constituinte este que, se contar com o *consensus*, se tiver “eficácia” (no conceito sempre cristalino de KELSON), adquire legitimidade, e com esta a necessária “validade” (também, segundo KELSEN). Desta forma, o “ato constituinte se transforma em “Constituição”.

A “Constituição”, que traduz, segundo CARL SCHMITT, “um novo modo de ser de toda a comunidade”, produz logicamente inúmeros e notáveis efeitos jurídicos.

Tais efeitos jurídicos provocados pela Constituição é que serão analisados em seguida.

Diz-se que a Constituição introduz as “bases de um novo ordenamento jurídico”. Ora, em sendo assim, ela revoga todo o ordenamento jurídico anterior, pelo menos naqueles pontos em que as normas são colidentes.

Mas, abrindo-se um parêntesis, como entender-se aqui o significado de “Constituição”?

A Constituição tem um sentido “formal” e um sentido “material”.

Há um “conceito absoluto” de Constituição (tomada como um todo unitário) e um conceito “relativo” (conjunto de leis constitucionais).

Há um “conceito positivo” de Constituição: uma decisão de conjunto sobre o modo de ser de toda a comunidade, e um “conceito ideal” de Constituição, quando o que se visa são as aspirações fundamentais de um povo numa dada época.

Tomaremos em nosso estudo, sem nos aprofundarmos nas diferentes conceituações acima expostas, a Constituição como entendida no seu conceito “positivo” e no seu “sentido material”. Quanto a este, é que nos possibilita aferir a autenticidade da Constituição, porque traduz todas as aspirações de um determinado povo, numa determinada época.

Fechado o parêntesis, voltemos aos efeitos da Constituição. Ora, como já se salientou, cumpre se reconheça a “supremacia da Constituição” sobre as leis ordinárias.

Esta supremacia teve sua formulação jurídica primeira (e talvez a mais notável) num voto do Juiz MARSHALL, na Suprema Corte Americana, no célebre caso “*Marbury versus Madison*”.

Em outras palavras, MARSHALL doutrinou que, quando a norma constitucional e a norma ordinária regulam diferentemente uma mesma hipótese jurídica, surge o problema de se saber qual das duas deve ser aplicada: a lei ordinária ou a constitucional.

Ora, diz ele, se a Constituição escrita dos Estados Unidos consagrou os anseios de todo o povo americano, todos os seus ideais de justiça, tudo que contravenha a estes anseios, a estes ideais, deve ser recusado. Assim, cumpre seja aplicada a Constituição, recusando-se aplicação à lei ordinária.

Mas, declarado um ato inconstitucional, o mesmo é “nulo” ou simplesmente “anulável”?

KELSEN afirma que a “nulidade” não existe no campo do Direito, pois que o direito é como o Rei Midas, que transforma em ouro tudo quanto toca. Assim, só existe a anulabilidade, que pode produzir efeitos *ex tunc* e *ex nunc*. Para o mestre de Viena, as normas declaradas inconstitucionais produzem efeitos *ex tunc*, e têm caráter constitutivo-negativo a sentença que as declara.

Já a “Doutrina Clássica” entende que as leis e atos inconstitucionais são nulos de pleno direito.

No direito brasileiro, as opiniões se dividem, com predomínio da segunda corrente.

O Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO entende que o Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 5, teria acolhido a tese da anulabilidade, pois que admite a convalidação de leis por defeito de ini-

ciativa. Recentemente, contudo, ao julgar recurso extraordinário oriundo da Guanabara, a propósito de aumento concedido aos juizes por iniciativa de deputados, o STF declarou a nulidade da lei, embora sancionada posteriormente pelo executivo.

Também arrola o contido no art. 42, item VII, da Constituição vigente como argumento em favor da tese da anulabilidade, pois que “só se pode suspender o que existe”.

Sem embargo de divergirmos dessa ilação ampliada desse dispositivo constitucional, deixamos o tema em aberto, pois que outras questões reclamam nossa atenção.

É bem de salientar-se que o problema ora tratado surge tão-somente nas chamadas “constituições rígidas”, sendo desprovido de interesse nas “constituições flexíveis”, como o “Estatuto Albertino” ou a Constituição Francesa de 1848.

2 — Efeitos da Constituição sobre a Constituição anterior

Tornando-se eficaz a nova Constituição, adquirindo legitimidade, faz cessar imediatamente o alcance das normas da Constituição anterior. Esta perde a eficácia, e, perdendo a eficácia, perde a “validade”, pois que a eficácia é condição de validade da ordem jurídica.

Todavia, ante essa conclusão categórica e absoluta, procura a doutrina temperá-la devidamente.

Assim é que os autores franceses criaram a “doutrina da desconstitucionalização”, invocando em seu apoio o contido no art. 75 da Constituição Francesa de 1709 e no art. 4^o da Constituição Francesa de 1848. Argumentam que tais dispositivos continuaram tendo vigência, apesar das constituições posteriores. É que, para eles, estas normas “desconstitucionalizaram-se”, tornaram-se normas ordinárias, e foram recebidas pelas constituições posteriores como normas ordinárias.

O Prof. BASTID salienta, entretanto, que essa teoria “é mais confortável que lógica”, e serve apenas para justificar determinadas finalidades políticas surgidas após, o que a Constituição posterior não previu.

CARL SCHMITT, partindo da diferenciação entre “Constituição” e “normas constitucionais”, salienta que a “Constituição” é sempre derogada pela Constituição posterior, eis que esta introduz um novo ideal, um novo “modo de ser”.

Já as “normas constitucionais”, estas se não colidirem com a Constituição posterior, continuam “como se fossem eficazes”.

O Prof. MANOEL GONÇALVES, partindo da distinção entre “normas materialmente constitucionais” e “normas formalmente constitu-

cionais”, conclui que as primeiras são derogadas pela nova Constituição, e as últimas, se não colidirem com a mesma, continuam eficazes. Argumenta que esta diferenciação explica também logicamente a “teoria de desconstitucionalização”, pois que só as normas formalmente constitucionais, e não as materialmente, é que se desconstitucionalizam.

3 — *Efeitos da Constituição sobre a legislação ordinária anterior*

Face à nova Constituição, entende-se que a lei ordinária anterior, com muito mais razão, deixa de ser eficaz, perde a sua vigência.

Entretanto, tal não acontece na generalidade dos casos.

A própria Constituição, como o fez a Constituição brasileira de 1937, em seu art. 183, pode prorrogar-lhe a eficácia:

“Art. 183 — Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.”

Também o Decreto nº 19.398, de 11-11-30, no seu art. 4º (ele que é o Ato Constitucional da Revolução de 1930), “desconstitucionalizou” as constituições anteriores, e admitiu a vigência das leis ordinárias anteriores.

Mesmo no silêncio da Constituição nova, e ainda no caso de “revoluções profundas”, tem-se admitido a vigência das leis ordinárias anteriores, não colidentes com a nova Constituição. CATTANEO cita, a propósito, a revolução russa, e um dispositivo daquela constituição russa, pós-revolucionária, nesse sentido.

Isto se explica pelo fenómeno que se convencionou denominar “receptação” do direito anterior, e que vem muito bem explicado por KELSEN. Chama ele a esse fenómeno de “procedimento abreviado de criação de normas”: ora, com a nova Constituição, se se tivesse que edificar novamente todo o direito, não haveria condições hábeis de tempo. Assim, a nova Constituição, por sua própria força, dá validade às normas ordinárias não colidentes. A eficácia destas deriva agora da nova Constituição. Perdem momentaneamente a eficácia e readquirem-na através da nova Constituição. Impróprio é afirmar-se que “continuam eficazes”.

MORATTI, analisando tal fenómeno, denomina-o de “novação das fontes”.

4 — *Efeitos da Constituição sobre os direitos adquiridos*

A primeira idéia é de que não existem “direitos adquiridos” contra a nova Constituição: ela, introduzindo um novo ordenamento jurídico, a tudo transforma. Nada sobreviveria do ordenamento anterior, que foi derrubado pela revolução.

Dividem-se os juristas: os publicistas entendem, em geral, que não há direitos adquiridos em matéria de direito público, a não ser quando ressalvados expressamente.

CLÓVIS BEVILAQUA, por seu turno, comentando o Código Civil, entendia que as vantagens pessoais dos funcionários públicos podem consagrar direitos adquiridos. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, no seu art. 6º, assegura os direitos adquiridos, e os define em seu § 2º

“Art. 6º — § 2º — Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.”

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, estudando a matéria, apresenta uma conclusão profundamente lógica: afirma que se a Constituição traz dispositivo proibindo a “irretroatividade das leis”, seria absurdo que ela mesma ofendesse tal dispositivo, ferindo os direitos adquiridos.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO procura ainda resolver a matéria com fundamento na distinção entre “normas materialmente constitucionais” e “normas só formalmente constitucionais”: quanto às primeiras, não pode haver “direitos adquiridos”, e argumenta com a idade fixada para a capacidade política. Se uma Constituição nova aumentar de 21 para 25 anos a idade de votar, seria absurdo que os que já tivessem 22 anos à época pudessem invocar o seu “direito adquirido”. Já, para as “normas só formalmente constitucionais”, é possível, no seu entendimento, invocar-se contra elas direitos adquiridos.

Trabalho muito interessante fez publicar o Juiz Federal do Estado de Minas Gerais, Dr. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO (“Rev. Lemi”, nº 59, 1972, pág. 2.481), a respeito do direito adquirido à aposentadoria de funcionário público sob a vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

A legislação anterior à Constituição de 1967 (Lei nº 1.711, art. 184) concedia aos funcionários que aposentassem com 35 anos de serviço público 20% sobre os vencimentos da classe imediatamente superior. A Constituição de 1967, por seu art. 101, determinou que os proventos da inatividade não poderiam exceder à remuneração na atividade, mas fiel ao princípio do direito adquirido, deixou expresso no art. 177, § 1º, que o servidor que tivesse satisfeito, ou que viesse a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente em 24 de janeiro de 1967, seria aposentado com os direitos e vantagens previstos nesta legislação.

Inúmeros servidores, com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não mais conseguiram administrativamente

as vantagens asseguradas pela Constituição de 1967, eis que a administração entendeu que o direito do § 1º do art. 177 da Constituição de 1967 não veio expressamente consignado na Emenda Constitucional nº 1, apesar de que tais servidores possuíam, ao tempo da promulgação da Constituição de 1967, as condições especificadas para a aposentadoria com as vantagens.

Assim, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, além de não consignar expressamente a ressalva do § 1º do art. 177 da Constituição de 1967, ainda determinou no § 2º do seu art. 102 que os proventos da inatividade não poderiam de forma alguma exceder a remuneração percebida na atividade.

Firmado o pressuposto de que “se na vigência da lei anterior o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão”, que é a expressão do voto vitorioso do Min. LUIS GALLOTTI no R.M.S. nº 11.395, do Supremo (*in R.D.A.*, vol. 82, pág. 186), e que consagra a atual doutrina do Supremo Tribunal Federal, entende o referido e ilustre autor CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO que ainda sob a vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, os funcionários públicos que à época da Constituição de 1967 houvessem preenchido os requisitos do § 7º do art. 177 daquela Constituição, terão direito às vantagens da legislação anterior, e por duas razões fundamentais:

a) sendo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, fruto do “poder constituinte constituído”, e não “originário”, um direito adquirido por força da Constituição de 1967, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente pela Constituição;

b) a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não poderia repetir a regra do § 1º do art. 177 da Carta de 1967, porque quando de sua edição, o prazo consignado no mencionado § 1º do art. 177 já havia expirado de há muito, e a norma transitória, desde que produza seus efeitos se exaure, não necessitando ser repetida numa reforma constitucional posterior, para ter resguardados os efeitos dela decorrentes.

Se aceitamos a conclusão do ilustre autor quanto ao segundo argumento, não a aceitamos, todavia, quanto ao primeiro argumento invocado, eis que entendemos ser a “Emenda Constitucional nº 1” fruto de “poder constituinte originário”, emanada de uma Junta Militar representativa da Revolução de 1964, e que outorgou ao País, a 17 de outubro de 1969, mais que uma simples “emenda”, uma autêntica nova Constituição para o Brasil.