

INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE: PESQUISA EXPLORATÓRIA COMPARATIVA NO DIREITO CONSTITUCIONAL ITALIANO

SUPERVENING UNCONSTITUTIONALITY: A BRIEF LOOK ON ITALY'S CONSTITUTIONAL LAW

Alexandre Walmott Borges *

Borja Muntadas Figueras **

José Luiz de Moura Faleiros Júnior ***

SUMÁRIO: Introdução. 1 Controle de constitucionalidade: premissas históricas. 1.1 Natureza do órgão controlador. 1.2 Modos de manifestação. 2 Controle das normas pré-constitucionais no Brasil. 2.1 O *leading case* brasileiro: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. 2.2 Utilização da ADPF como mecanismo de controle de normas precedentes. 3 Um olhar no direito italiano. 3.1 *Sentenza* n. 1/1956. 3.2 Repercussões do julgamento na jurisprudência italiana. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Constituição é a norma jurídica fundamental que regula as estruturas basilares de um Estado e traça diretrizes a serem seguidas pelas legislações infraconstitucionais editadas a partir dela. Assim, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, se um ato normativo é com ela incompatível, deve ser extirpado. No Brasil, todavia, sendo a norma anterior à Constituição, a incompatibilidade entre ambas passou a ser vista por alguns doutrinadores e pelo Supremo Tribunal Federal como caso de mera revogação, segundo os ditames do direito intertemporal; mas, segundo outra parcela da doutrina, o caso é de inconstitucionalidade superveniente. Diante disso, pelo método indutivo, ganha relevância a análise da jurisprudência italiana, iniciada com a primeira decisão na qual a *Corte Costituzionale* precisou enfrentar a questão supra delineada, que foi exatamente aquela que marcou a estreia de sua atividade judicante: a *Sentenza* n. 1/1956. A partir disso, será possível averiguar a adequação do posicionamento do Tribunal brasileiro.

Palavras-chave: inconstitucionalidade superveniente. controle de constitucionalidade. direito constitucional. direito italiano. *Sentenza* n. 1/1956.

ABSTRACT: *The Constitution is the fundamental norm that regulates the basic structures of a State and defines the guidelines to be followed by the forthcoming legislation. Therefore, as a result of the Constitution Supremacy principle, if a legal act is incompatible with such guidelines, it must be extirpated. In Brazil, however, if a norm precedes the Constitution, the incompatibility between both becomes an abrogation hypothesis, according to some jurists and in accordance with the Supremo Tribunal Federal's jurisprudence, and so it must abide the precepts of intertemporal law; but, according to other jurists, the hypothesis is one of supervening unconstitutionality. Thus, from the inductive method, the importance of analyzing the Italian jurisprudence, that began with the*

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e em História pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Professor da Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

** Doutor em Filosofia Contemporânea y Tradición Clásica pela Universitat de Barcelona - UB. Professor e investigador em Filosofia Moderna y Contemporânea na Universitat La Salle, Campus Barcelona, na Universitat de Barcelona - UB e Professor Convidado na Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

*** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Advogado.

Artigo recebido em 05/11/2019 e aceito em 19/11/2019.

Como citar: BORGES, Alexandre Walmott; FIGUERAS, Borja Muntadas; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Inconstitucionalidade superveniente: pesquisa exploratória comparativa no direito constitucional italiano. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 21, n. 33, p. 63-92. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

first decision in which the Corte Costituzionale has been called upon to face the question mentioned above, being as such the exordium of its jurisdictional activity: the Sentenza n. 1/1956. Then, it will be possible to comprehend the adequacy of the Brazilian Court's decision.

Keywords: *supervening unconstitutionality. constitutional review. constitutional law. Italian law. Sentenza n. 1/1956.*

INTRODUÇÃO

Nos recentes anos, o direito constitucional brasileiro passou por modificações que, em distintos momentos e por distintas motivações, refletem o processo de redemocratização do país, emanado de transformações, como o reconhecimento de normatividade aos princípios e o desenvolvimento de novos mecanismos de interpretação e aplicação constitucional, que colocaram a Constituição da República de 1988 no centro do sistema jurídico, servindo efetivamente como vetor axiológico das normas jurídicas.

Com espeque nesta premissa, é inegável que o direito nasce como fenômeno universal, não podendo dele nenhuma comunidade prescindir. Assim, as relações entre os povos de diferentes Estados nacionais, que vêm se avolumando em tempos de globalização, têm trazido à tona princípios e institutos jurídicos coincidentes ou semelhantes em mais de um sistema jurídico, o que denota a importância do estudo do direito comparado, ou de investigações das diferentes legislações nacionais, no afã de disponibilizar aos operadores do direito os institutos, as instituições e os sistemas de aplicação de normas existentes em outros ordenamentos jurídicos.

Esta linha de estudo, à toda evidência, não tem a pretensão de propor a reprodução de institutos ou de instituições de outros ordenamentos jurídicos sem levar em conta os condicionamentos e peculiaridades de cada um deles. Visa estudá-los para, das conclusões obtidas, extrair substratos teóricos que terão grande valia para os estudiosos do direito, a fim de propiciar uma melhor compreensão do panorama jurídico de determinada sociedade, e aos aplicadores e às instituições a possibilidade de assimilação e execução de acordo com os modelos experimentados noutros Estados.

Nessa linha, não se deve olvidar que, da supremacia imanente às normas constitucionais legisladas, quando eivadas de rigidez, surge o controle de constitucionalidade, o mais importante mecanismo

de verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição.

Problemas surgem quando se procede à distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, tendo em vista os diversos momentos de edição das normas constitucionais. E, de tal distinção, doutrina e jurisprudência esbarram na dúvida: havendo choque entre a norma constitucional superveniente e alguma norma pré-constitucional, a questão é de inexistência e não recepção de normas, de inconstitucionalidade ou resolve-se simplesmente pelo direito intertemporal?

No Brasil, tal indagação suscitou dúvidas e o caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, decidiu pela impossibilidade de discussão, pela via direta, em controle concentrado, da ilegitimidade constitucional de norma editada sob a égide do ordenamento jurídico precedente, frente à Magna Carta vigente; porém, atualmente, outros mecanismos são admitidos para o controle dessas normas, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou mesmo da discussão em sede difusa.

Por outro lado, a *Corte Costituzionale*, sodalício guardião da Constituição da República Italiana, caminhou em sentido diverso em seus precedentes, desenvolvendo em quantidade e em qualidade o tema nos casos que eram levados ao seu crivo jurisdicional.

Em face deste problema, a explanação ora proposta, atenta aos imperativos da sumariedade, pautar-se-á pela análise das semelhanças e diferenças de maior relevo na tutela constitucional envidada pelos modelos brasileiro e italiano, em especial as ligadas à competência do órgão de controle, o modo de manifestação deste, bem como os tipos de ilegitimidade constitucional e os meios de impugnação utilizados em cada ordenamento jurídico, com foco específico na *Sentenza n. 1*, de 14 de junho de 1956, precedente de exórdio da *Corte Costituzionale* italiana sobre o tema, que será aqui analisado pelo método indutivo.

A escolha do paradigma italiano como base de contraste decorreu do fato de, inobstante o fato de a Itália pertencer ao conjunto de países da denominada família romano-germânica (ou do *civil law*), a linha de tratamento da discussão quanto à compatibilidade entre a Constituição vigente e normas a ela anteriores, no plano da constitucionalidade, não recebeu maiores atenções dos estudiosos do assunto no Brasil.

Mais ainda, é de se fixar que o modelo constitucional italiano guarda semelhanças com o modelo brasileiro (Constituições vintecentista, legisladas, com superação de ordens pretéritas autoritárias, entre tantos outros detalhes).

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONTEXTUALIZAÇÃO TEMPORAL

A preponderância do direito legislado e a da visão do direito como produto institucional, em superação às concepções do direito como produto histórico-evolutivo e ambiental, predominantes até a Idade contemporânea, colaboraram para a definição da Constituição como norma superior dos sistemas jurídicos. A visão do positivismo de uma ordem legislada, como produto da intervenção direta do homem e das insituições (e não de uma ordem natural), resultaram na definição de um sistema normativo hierarquizado formalmente, e com a ascendência normativa dos conteúdos do texto legislado definido como Constituição (FIORAVANTI, 2012) (MORA-DONATTO, 2002).

As bases institucionais e ideológicas deste movimento repousam na definição do princípio da soberania nacional, com origens na Inglaterra e na França, mais precisamente nos séculos XVII e XVIII, sob a influência dos autores do iluminismo e liberalismo. Este princípio levou à ascendência da lei como fonte de direito e expressão da vontade da nação soberana. Esta visão de mundo assentava-se sobre bases com alguma diversidade de concepção, mas com a amarração comum da ideia de uma ordem jurídica do Estado nacional (BOBBIO, 1995) (BOBBITT, 2003) (KOHN, 1946) (LAST, 2017-2018)

Mas, foi somente em 1803 que surgiu, efetivamente, o primeiro precedente da história a tratar do tema controle de constitucionalidade, e isto aconteceu nos Estados Unidos da América, mais especificamente de um aresto de sua *Supreme Court*, a quem coube julgar o caso *Marbury vs. Madison* (1 Cranch, 137-180), através do labor do *Chief Justice John Marshall*¹.

¹ Tratava-se de mandado de segurança impetrado originariamente perante a Suprema Corte norte-americana, em virtude de competência deferida pelo disposto na Seção 13 do Judiciary Act de 1789, que fixava a competência originária da Corte (embora a Constituição de 1787 não contivesse igual previsão) para apreciar o pedido de nomeação de William Marbury para o cargo de juiz de paz do Condado de Washington, ainda não concluído devido à não entrega de sua comissão, pelo Presidente John Adams, antes do fim de seu mandato. O pedido foi formulado por Marbury contra o novo Secretário de Estado, James Madison, que assumiu a função no mandato do novo Presidente eleito, Thomas Jefferson. Ao julgar o writ, John Marshall, definindo as premissas do controle difuso, asseverou que a jurisdição da Suprema Corte era exercida originariamente, ou em grau de recurso, sendo a primeira hipótese de enunciação constitucional, explicitando os três grandes fundamentos que justificam o controle

De tal precedente se extraiu a mais importante conclusão para o estudo do tema em foco: de que a invalidade, portanto, da lei que viole a Constituição é uma decorrência da posição superior que esta ocupa quanto àquela², o que é verificado com especial nitidez nos países onde se faz presente a rigidez constitucional, como no Brasil e na Itália, países mais detidamente analisados no presente estudo.

Acerca deste posicionamento hierarquicamente superior da Constituição dentro do ordenamento jurídico, José Afonso da Silva (1998, p. 47) aduz que:

[...] a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país [...]. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Por figurar no vértice do sistema jurídico, é a Constituição que estabelece os ditames organizacionais do Estado. Assim, em face da divisão funcional do Poder, as funções constituídas lhe são subalternas, tendo as suas fronteiras demarcadas pelas normas constantes de seu bojo, e, por isso, toda atuação deve obedecer a tais diretrizes.

1.1 Natureza do órgão de controle

O zelo e o respeito à constituição são atribuições ostentadas por órgãos específicos. Nesse sentido, o primeiro aspecto a servir de confronto é o inerente às características do órgão de controle, que pode ser político ou judiciário.

Os órgãos de cunho político têm por princípio o poder de fiscalização constitucional, decorrência natural da atribuição da soberania popular ao Legislativo, ou ao Executivo, que se torna/m fiscalizador/es, então, dos atos normativos legislativos³

judicial de constitucionalidade: (i) a supremacia da Constituição, (ii) a nulidade da lei que contrarie a Constituição, e, (iii) se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, é ela, e não o ato ordinário, que deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. (BARROSO, 2012, p. 26-27) (FRANKEL, 2006) (CALABRESI; OWENS, 2014).

² A Suprema Corte norte-americana decidiu que lei emanada do Congresso, quando contrária à Constituição, carece de validade, reconhecendo, portanto, a teoria da nulidade, em contraposição à teoria da anulabilidade da norma constitucional defendida Hans Kelsen e que definia o chamado “sistema austríaco” de controle (KELSEN, 2009, p. 215-308 (DOUGLAS, 2003)).

³ Com o exemplo atual do Conselho Constitucional Francês. (*Les révisions constitutionnelles*, s.d.). E também foi o modelo adotado pela Constituição Imperial de

A opção por este sistema é comentada por Paolo Biscaretti di Rufia (1989, p. 643), que salienta que se trata de decorrência da “[...] convicção da oportunidade de atribuir aos órgãos mais representativos da vontade popular algumas funções jurisdicionais, de notável relevo, nas quais aparece particularmente avaliável o elemento político” (tradução livre).

Por outro lado, o modelo de revisão judicial teve seu nascedouro no direito norte-americano (*judicial review*), e confere a organismo do Poder Judiciário a tarefa de declarar inválidos leis e outros atos normativos que infrinjam a Constituição.

No Brasil, o legislador constituinte de 1988, mantendo tradição inaugurada com a Carta Republicana de 1891, outorgou aos tribunais o reconhecimento da incompatibilidade dos atos normativos com a Magna Carta, atribuição esta que encontra-se preceituada na cláusula de reserva de plenário do art. 97 do texto da Lei Maior, *verbis*: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Evidentemente, este dispositivo, que é complementado pelo art. 102, inciso I, “a” e “q”, e seu §1º, e pelo art. 103, §2º, da Constituição da República, não exaure a matéria, uma vez que não se pode deixar de considerar os deveres de fiscalização constitucional do Legislativo e do Executivo. Ocorre que o controle que tais “Poderes” exercem se dá durante o processo de elaboração das leis, e se manifesta nas decisões emanadas das Comissões Parlamentares de cada Casa Legislativa e do veto presidencial, na forma do art. 66, §1º (MENDES, 1997, p. 20).

Já no sistema constitucional italiano, moldado pela *Costituzione della Repubblica Italiana*, elaborada no período posterior à Segunda Guerra Mundial⁴, mais especificamente no ano de 1947, e que entrou em vigor 1824 (CONTINENTINO, 2017).

⁴ Sobre a Constituição italiana de 1948, anota Andrea Pisaneschi: “*Come si è visto la storia della Costituzione del 1948 affonda le sue radici nella necessità di ricostruire la democrazia in un paese largamente diviso e, per certi aspetti anche a rischio di guerra civile. Il tema del recupero dell’unità del paese costituiva la linea guida e il necessario collante in grado di tenere insieme forze di estrazione politica profondamente diversa (il partito comunista con la democrazia cristiana). Anche gli altri fattori che abbiamo descritto nel capitolo dedicato alla Assemblea costituente (la sottrazione all’Assemblea costituente del potere di fare le leggi ed anche la sottrazione della questione istituzionale), contribuì a far maturare quell’accordo sul quale si basa la Costituzione che ha retto la vita di questo Stato per oltre 65 anni. Questo accordo, lo si è detto, aveva il fine principale di garantire la democrazia e la coesione sociale, in un momento storico nel quale questi valori fondamentali erano tutt’altro che sicuri e garantiti. [...] In estrema sintesi può certamente dirsi che la Costituzione italiana ha raggiunto gli obiettivi che ad essa erano stati assegnati, e principalmente quelli di traghettare il paese verso*

em 1º de janeiro de 1948, tem-se, conforme preceituado em seu art. 134, a atribuição à *Corte Costituzionale* da função de dirimir as controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos normativos daquele país.

Interessante questão que foi objeto de debates à época da Constituinte de 1947, na Itália, relacionava-se à atribuição da competência de julgamento a um órgão político, deixando aos juízes singulares a competência de julgar as lides, nos limites de suas competências (PALADIN, 1995, p. 705). No entanto, prevaleceu a intenção de criar um novo órgão dotado da incumbência de julgar as contendas nas quais fossem objurgadas matérias constitucionais.

Esta tese prevaleceu na doutrina italiana, que visualizou diversos dispositivos no texto da Constituição italiana que denotam tratar-se a *Corte Costituzionale* de um órgão judiciário, e não de um órgão político. Assim, doutrinadores como Lívio Paladin (1995, p. 705) e Giuseppe de Vergottini (1997, p. 618) apontam as seguintes passagens do texto como sendo referências à natureza judiciária da Corte: a) no art. 134, *caput*, quando se utiliza a expressão “*giudica*” (julga); b) nos arts. 135, nºs 1, 2, 3 e 7 e 137, nº 1, quando se utiliza a expressão “*giudici*” (juízes); c) no art. 135, nº 7, e no art. 137, nº 1, quando se usa o termo “*giudizi*” (juízos); d) no art. 135, nºs 4 e 6, ao fazer uso da palavra “*giudice*” (juiz).

Todavia, tais constatações são ponderadas por Biscaretti di Ruffia, que anota que a *Corte Costituzionale* sujeita-se a algumas peculiaridades, como a temporariedade do exercício do múnus judicante, que é de no máximo nove anos, conforme preceituado pelo art. 135, nº 3, da Constituição italiana, e o fato de as nomeações dos Ministros da Corte ser realizada pelo Presidente da República, pelo Parlamento italiano, e pela Suprema Magistratura Ordinária e Administrativa, na proporção de um terço cada, conforme consta do art. 135, nº 1, da Carta Magna italiana. Em face disso, reputa a natureza jurídica da *Corte Costituzionale* como jurídico-política (RUFFIA, 1989, p. 647).

1.2 Modos de manifestação

Quando se trabalha com o controle de constitucionalidade, duas são as modalidades de manifestação do controle por meio do Judiciário, ou de provocação do controle pelo Judiciário: há a modalidade incidental

una democrazia compiuta, da una fase nella quale questo passaggio era tutt'altro che scontato.” (PISANESCHI, 2017, p. 657-658)

e a modalidade por via de ação direta (TORRES, 2019) (MARQUES, 2006) (MENDES, 1995).

Na modalidade incidental⁵ (ou *incidenter tantum*), que é exercida durante o trâmite de um caso concreto, a arguição de inconstitucionalidade se revela como prejudicial do julgamento meritório, como salienta Luís Roberto Barroso (2012, p. 50):

É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente.

Nessa modalidade, que também é conhecida como fiscalização por via de exceção, inexistente qualquer insurgência contra o ato normativo apontado como violador da Constituição, uma vez que o lesado, ao invés de atacar o ato diretamente, limita-se a dele se defender, se a autoridade tentar impor sua aplicação.

No controle pela via de ação direta, por outro lado, é instaurado um processo diretamente contra o ato apontado como inconstitucional, seja uma lei ou um ato normativo, e seu distanciamento da modalidade incidental ocorre devido a duas razões principais: (i) sua natureza abstrata, dispensando qualquer problema de aplicação, perante casos concretos, da disposição atacada; (ii) sua correspondência à função de garantia da higidez do texto constitucional (BARBOSA, 2018) (VIEIRA, 1999) (TORRES, 2019) (RODRIGUES, 2001).

A veiculação da ação direta se dá através de um processo objetivo, encartado sem a formação de uma lide em sentido técnico, eis que não há propriamente partes ocupando polos distintos e equidistantes. Além disso, por se tratar de mecanismo institucional, a propositura de tal ação tem um rol de legitimados restrito a determinados órgãos e entidades.

⁵ É importante lembrar que o controle por via incidental, que se realiza na apreciação de um caso concreto, não se confunde com o controle difuso, que é classificação quanto ao órgão que exerce o controle e pode ser desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. É importante lembrar, todavia, que, “no Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que, desde o início da República, o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado” (BARROSO, 2012, p. 50).

Via de regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição, mas, em algumas situações específicas, também poderá ser apreciada a inconstitucionalidade decorrente de omissão ou da inércia injustificada na edição de norma infraconstitucional reclamada pela Constituição. Outro aspecto importante de se salientar é que esta modalidade de controle pela via direta não é sinônimo da classificação do controle como concentrado⁶.

Estabelecidas tais premissas conceituais, insta destacar que, no Brasil, compete às partes, aos terceiros (assistentes, oponentes etc.), ou ao Ministério Público, ou o Magistrado, de ofício, suscitarem a incompatibilidade vertical de uma norma inferior em torno da qual gravita a pretensão ou sua resistência, em face da norma constitucional, de modo que competirá ao juiz ou tribunal decidi-la. Esta ampla possibilidade de sindicabilidade da norma ocorre no controle incidental. Já no controle concentrado, como dito no parágrafo acima, a fiscalização ficará limitado aos legitimados por força de lei.

De forma semelhante, isto é verificado na Itália: a *Legge Costituzionale* nº 01/1948 (ato normativo semelhante às Emendas Constitucionais que se tem no Brasil), em seu art. 1º, dispõe que qualquer das partes ou o juiz poderá, no curso de uma causa, indagar sobre a perquirição da legitimidade constitucional de uma lei ou ato normativo, tendo a *Legge* nº 87/1953 (equivalente à lei ordinária) estendido tal iniciativa ao Ministério Público (*Pubblico Ministero*).

A diferença entre as sistemáticas brasileira e italiana, no tocante à modalidade incidental de controle, reside em um ponto fundamental: comparando os dois modelos, é fácil perceber que, no Brasil, a decisão da questão de ilegitimidade constitucional suscitada tocará ao magistrado que dirige o processo; na Itália, todavia, não será assim. No modelo adotado pelo país europeu, caberá ao julgador singular, após os debates de praxe, se entender relevante a discussão, submetê-la à apreciação da *Corte Costituzionale*, que apreciará a questão, enquanto permanece suspensa a apreciação do caso concreto.

⁶ Sobre isto, Luís Roberto Barroso lembra que “o controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese. Contudo, assim como controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal. Ao contrário, nos países europeus existem exemplos nos quais ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental.” (BARROSO, 2012, p. 51). Veja-se também a classificação de Ruan Espíndola Ferreira (2011).

A doutrina italiana pontua que, para tanto, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a relevância do tema focado para o desenlace do litígio; (ii) de acordo com o art. 1º da *Legge Costituzionale* nº 01/1948, ratificado pelo art. 23 da *Legge* nº 87/1953, ter a impugnação ocorrido no curso de um juízo (*nel corso di un giudizio*) e diante de uma autoridade jurisdicional (*autorità giurisdizionale*); (iii) não se apresentar manifestamente infundada a arguição, porquanto não se justifica a provocação da *Corte Costituzionale* quando a lei objurgada se revela, indiscutivelmente, em compasso e sintonia com a *Costituzione*. (PALADIN; CRISAFULLI, 1990, p. 781)

Nesse diapasão, fica evidenciado que, enquanto o controle incidental, no Brasil, é da alçada do juiz competente para o processo no qual fora suscitado, isto é, sua apreciação se dá perante jurisdição difusa, na Itália, ao contrário, a averiguação da inconstitucionalidade se dá pela concentração de competência à *Corte Costituzionale*.

2 CONTROLE DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

A discussão essencial quanto à inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária perpassa, necessariamente, pelo emblemático ensaio de Otto Bachof (2007) acerca do tema. O autor se debruça com grande acuidade sobre a problemática, investigando o problema sob a ótica da Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), de 23 de maio de 1949, pedra fundamental da República Federal da Alemanha e, em suas análises, sinaliza que:

É manifesto que elas [as posições relativa ao problema investigado] são condicionadas predominantemente por três circunstâncias:

1. pelos diversos sentidos em que é usado o conceito de Constituição e também forçosamente, por consequência, o conceito de inconstitucionalidade;
2. pelas diferentes concepções acerca da existência de um direito suprallegal e, por consequência, acerca da vinculação ou liberdade do legislador constituinte;
3. por uma insuficiente distinção da questão jurídico-material da validade (*Geltung*) de uma norma jurídica—em especial, de uma norma constitucional—da questão

processual de um correspondente direito judicial de controle. (BACHOF, 2007, p. 37)

No sistema brasileiro, a regra é que toda norma que contrarie algum dispositivo constitucional ou que suscite dúvidas sobre sua constitucionalidade pode ser objeto de controle, seja pela via incidental, que se dá de forma difusa, cabendo a tarefa de manifestar-se acerca de seu conteúdo e de sua constitucionalidade a todos os juízes e tribunais (respeitada a cláusula de reserva de plenário, quanto aos tribunais) frente a um caso concreto, ou pela via direta, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da Representação Interventiva ou, ainda, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assim, quando a norma reputada inconstitucional teve sua origem sob a vigência de outro sistema constitucional, anterior ao vigente, como se deve proceder?

O Supremo Tribunal Federal detém o poder de decidir sobre a constitucionalidade das normas jurídicas que foram aprovadas antes da entrada em vigor da Constituição de 1988. Isto é inegável. Assim, o controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional frente à Constituição vigente é feito pela modalidade concentrada.

Quando vigorava a Constituição de 1967, bem como a subsequente Emenda Constitucional nº 1/1969, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não deixava dúvidas de que quaisquer controvérsias entre o direito anterior e as normas supervenientes deveriam ser analisadas frente ao direito intertemporal, aferindo a ocorrência do fenômeno da revogação total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) da norma enfrentada. Não se abria espaço, portanto, para a discussão do assunto no plano da constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.217)⁷.

Com base nesse matiz hermenêutico, a orientação da jurisprudência do Excelso Sodalício, sob a égide daquele sistema constitucional, firmou alguns precedentes, como a Rp. 946, em que a Corte reconheceu a revogação do art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Carta Política de 1946; ainda, na Rp. 969, constatou o Supremo Tribunal Federal a derrogação dos arts. 75, § 1º, da Lei nº 1.341/51 e 27, § 1º, da Lei nº 4.737/65, pelo art. 125 da Constituição Federal de 1967; e, na Rp. 1.012,

⁷ Subjaz a discussão sobre existência ou nulidade das normas incompatíveis com a Constituição, editadas antes de sua promulgação. Normas pré-constitucionais, incompatíveis, seriam INEXISTENTES (MELLO, 1988).

não se conheceu da arguição de inconstitucionalidade relativa à Lei nº 5.048/58 do Estado de São Paulo (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.218).

A linha-mestra seguida pelo STF, naquela época, pautava-se na premissa de que lei anterior que se chocasse com a Constituição vigente, quando de sua promulgação, ou estaria em sintonia e conformidade com ela, ou estaria revogada pela não-recepção, caso com ela se incompatibilizasse, denotando o tratamento da questão com fulcro no princípio *lex posterior derogat priori*, ou, a lei posterior derroga a lei anterior.

Sobre a ruptura de um sistema jurídico e o surgimento do posterior⁸, valiosa a lição de Norberto Bobbio (2001, p. 177):

É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade (do ordenamento jurídico); ela é um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o ordenamento novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. A resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho, mas também o velho que se transvasa no novo e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento, passa para o novo e apenas alguns princípios fundamentais referentes à Constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da recepção. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho [...]. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.

Por outro lado, a Constituição da República de 1988 foi omissa quanto à matéria, o que carregou ao crivo do Supremo Tribunal Federal um dos mais importantes precedentes brasileiros sobre o tema: a ADI

⁸ Ainda sobre o assunto: “*Essa afferma che ogni istituzione nel senso suddetto, in quanto è un ente che ha una propria struttura e organizzazione e, quindi, un ordine, un assetto più o meno stabile e permanente, e riduce ad unità gli individui, nonchè gli altri elementi che lo compongono, acquistando di fronte ad essi una vita propria e formando un corpo a sè, costituisce un “ordinamento giuridico”. Infatti, la stessa esistenza di questi enti o corpi sociali o istituzioni, che dir si voglia, già da per sè determina la posizione, la funzione ed una certa linea di condotta degle enti medesimi e di chi ne fa parte o dipende. In altri termini, ogni istituzione è un ordinamento giuridico ed ogni ordinamento giuridico è una istituzione, giacchè, ove questa non si abbia, possono anche darsi rapporti sociali, ma non rapporti che, come quelli giuridici, siano formalmente, oggettivamente e stabilmente ordinati: ubi societas ibi ius, e, invertendo, ubi ius ibi societas.*” (ROMANO, 1946, p. 55).

nº 2, relatada pelo Ministro Paulo Brossard, na qual a Corte assentou entendimento de impossibilidade do exame de constitucionalidade de lei anterior à Constituição pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, embora tenha surgido controvérsia sobre o assunto na exposição do Ministro Sepúlveda Pertence, que se escorou, dentre outros, no precedente da *Corte Costituzionale* italiana, que à frente se analisará.

2.1 O *leading case* brasileiro: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2

A ação direta de inconstitucionalidade de número 2 data do ano de 1989 e foi ajuizada pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 3º do Decreto-lei nº 532/69, e arts. 2º, 3º, 4º e 5º do Decreto nº 95.921/88, por reputá-los incompatíveis com os arts. 173, §4º, 174 e 269, *caput* e inciso I, da Constituição da República de 1988.

Após delongada tramitação, a ADI foi julgada definitivamente no ano de 1992, e a votação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se dividiu em duas posições divergentes.

O pensamento esposado pela maioria dos julgadores norteou-se no sentido da resolução da controvérsia com base no direito intertemporal, e teve no voto do Ministro Paulo Brossard seus principais argumentos, sintetizados a seguir:

Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo, que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por

adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.219)

Noutro norte, a tese vencida, suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, firmou-se no ideal de que inadmitir o questionamento pela ação direta de inconstitucionalidade seria o mesmo que expurgar do Supremo Tribunal Federal missão e responsabilidade que são suas. Pautou-se, posteriormente, em uma análise do direito comparado, para concluir que a relação de antinomia entre a lei anterior e a Constituição superveniente é, sim, uma relação de inconstitucionalidade.

Para ele, ainda que se admita a ocorrência da revogação, esta seria mero efeito da declaração de inconstitucionalidade, não se tratando de simples revogação, como a que se verifica no conflito intertemporal de leis de mesma hierarquia. E asseverou em seu voto: “[...] sendo assim, prefiro esta tese àquela da simples revogação porque entendo que a consequência básica da sua adoção - o cabimento da ação direta - é a que serve melhor às aspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”.

Corroborando a posição do Ministro, cita-se a obra de Lúcio Bittencourt (1989, p. 131), para quem “a inconstitucionalidade é um estado - estado de conflito entre a lei e a Constituição-e a revogação é o efeito desse estado. O tribunal declara a inconstitucionalidade e, em consequência desta, reconhece a revogação da lei”.

Por derradeiro, comenta a solução adotada para a questão pelos italianos, e menciona a decisão paradigma da *Corte Costituzionale*, destacando a opção pelo reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente. Menciona, ainda, os sistemas alemão, espanhol e português, que seguiram esta mesma linha. Em conclusão, aduz que decidir se uma lei ordinária é ou não compatível com os princípios constitucionais não é meramente um problema de sucessão de lei, pois implica visão e interpretação panorâmicas de todo o ordenamento constitucional.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, a despeito das controvérsias suscitadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que o eventual conflito deveria

ser envolvido no plano do direito intertemporal, tratando-se, portanto, de hipótese de mera revogação, e não envolvendo propriamente um juízo de inconstitucionalidade⁹.

A jurisprudência da Excelsa Corte se pacificou nesse sentido, e continua direcionada ao entendimento de que a questão da inconstitucionalidade somente se põe quando se cuida de lei posterior à Constituição (princípio da contemporaneidade), restando às leis anteriores apenas a aferição de sua recepção ou não pelo ordenamento jurídico inaugurado pela nova Carta.

2.2 Utilização da ADPF como mecanismo de controle de normas precedentes

Sete anos após o julgamento da ADI nº 2 pelo Supremo Tribunal Federal, o Legislativo brasileiro se preocupou em regulamentar um mecanismo alternativo para tratar do controle das normas anteriores à Constituição vigente.

Trata-se da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que tem seu embasamento constitucional do art. 102, §1º, da Constituição da República de 1988, e, consoante o disposto no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99, que a regulamenta, permite-se que o controle recaia sobre atos normativos editados anteriormente à Carta Magna vigente.

Com isso, o legislador constituinte instrumentalizou o questionamento de normas anteriores à Constituição vigente por meio da ADPF, afastando, conseqüentemente, o controle de constitucionalidade abstrato pela via direta. Quanto a esta possibilidade, decidiu a Corte na ADPF nº 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão

⁹ No julgado há certa hesitação sobre a terminologia e sobre a real denominação a ser dada ao fato, se realmente dever-se-ia denominar revogação.

de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. (...) 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, § 4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal).

Neste julgamento, a despeito de ter sido questionada a viabilidade da ADPF proposta, uma vez que tramita perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2.231) ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, questionando a integralidade da Lei nº 9.882/99, os Ministros entenderam não haver óbice ao julgamento da ADPF nº 33 (STF, 2000).

Foi discutida a possibilidade de controle tendo por parâmetro norma vigente ao tempo da Constituição anterior, e o mecanismo utilizado foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que, conforme consta da ementa, deve ser utilizada para se verificar a compatibilidade ou não da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente, o que se legitima pelo caráter subsidiário da ADPF, conforme tratado no art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99.

Não obstante, esse entendimento vem sofrendo pequenos sinais de alteração na jurisprudência da Corte. No julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.833, de relatoria do Ministro Carlos Britto, cuja decisão foi publicada em 14 de novembro de 2008, embora tenha sido reafirmado o entendimento de que não é admissível o controle de constitucionalidade por via direta de norma editada quando em vigor a redação primitiva da Constituição de 1988 (isto é, o texto originário, sem as alterações das Emendas Constitucionais), alguns Ministros indicaram uma mudança de posicionamento, ao discutirem a possibilidade de se questionar a eficácia de norma pré-constitucional frente à Constituição atual, que, no caso concreto, controvertia a redação originária do texto constitucional de 1988 e alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 (STF, 2006).

Ocorre que estes incipientes debates se deram na Medida Cautelar proposta incidentalmente à ação direta. Quando do julgamento da própria ADI nº 3.833, o Supremo Tribunal Federal decidiu-se pelo não conhecimento da ação, fundamentando-se no entendimento de que não pode ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade uma norma pré-constitucional, mas inovaram ao ressaltar a possibilidade de averbação da caducidade da norma pré-constitucional em debate.

Em suma, cumpre ressaltar que a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal é insofismavelmente no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é a via processual adequada ao questionamento de normas que tiveram seu nascedouro sob a égide do sistema constitucional anterior. No entanto, os sutis debates travados no âmbito da Medida Cautelar na ADI nº 3.833 inspiram a expectativa de

que o entendimento hoje pacífico da Corte pode mudar, ou, ao menos, ser rediscutido no futuro.

Conquanto se trate de simples expectativa, e seja impossível prever o desfecho de eventual rediscussão do tema pelo Excelso Sodalício, se mostra especialmente interessante comentar o tratamento da matéria em outros ordenamentos jurídicos, dentre os quais se priorizou, neste trabalho, o italiano.

3 UM OLHAR NO DIREITO ITALIANO

O vigente sistema constitucional italiano surgiu pela *Costituzione della Repubblica Italiana*, que teve seu texto final aprovado em 22 de dezembro de 1947, foi promulgada cinco dias depois, em 27 de dezembro, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. A Carta Política, nos termos do seu art. 134, criou a *Corte Costituzionale* (D'ORAZIO, 1981, p. 104), à qual conferiu a atribuição de solver as controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos normativos do Estado e das Regiões:

Articolo 134 - La Corte Costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Tal dispositivo criou a Corte, delimitando sua competência, ao passo que outros dispositivos constitucionais delimitaram sua composição (*articolo* 135) e os efeitos jurídicos de suas decisões (*articolo* 136), mas a própria Carta Política deixou às normas posteriores a regulamentação e a disciplina destas competências e de sua atividade. A *Legge Costituzionale* nº 1/1948, seguida pela *Legge Costituzionale* nº 1/1953 e pela *Legge* nº 87/1953 trouxeram tal regulamentação (ITÁLIA, 2012, p. 21).

Somente no ano de 1955 a Corte teve sua primeira composição definida, com o Ministro Enrico de Nicola eleito seu presidente. A primeira sessão (*udienza pubblica*) da *Corte Costituzionale* ocorreu no dia 23 de abril de 1956, quando foram debatidas as questões que seriam imortalizadas no primeiro aresto daquele Tribunal: a *Sentenza n°1*, de 14 de junho de 1956 (ITÁLIA, 2012, p. 22).

Curiosamente, a questão debatida pela Corte no julgamento inaugural de sua atividade jurisdicional tratou da possibilidade de enfrentamento de uma lei anterior à Magna Carta de 1948 sob o viés da inconstitucionalidade superveniente, em contraponto à tese da mera revogação (direito intertemporal), e sobre ela serão tecidos comentários a seguir.

3.1 *Sentenza n. 1/1956*

Na Itália de meados do século XX, diversas questões surgiram no panorama constitucional, notadamente em razão da promulgação da *Costituzione della Repubblica Italiana*, de 1948, em vigor até os dias atuais, e as controvérsias surgidas devido às incompatibilidades entre a Magna Carta e as normas jurídicas anteriores a ela.

Nos primeiros anos de existência da Carta Constitucional italiana, diversos foram os questionamentos lançados ao crivo do Judiciário italiano, deixando à *Corte Costituzionale* a missão de firmar entendimento acerca das hipóteses nas quais as incompatibilidades entre a *Nuova Costituzione* e as normas jurídicas precedentes ultrapassariam o campo da mera revogação (resolvendo-se no direito intertemporal) e adentrariam na seara da inconstitucionalidade superveniente (*incostituzionalità sopravvenuta*), e se esta última encontraria espaço dentro do ordenamento jurídico italiano.

E foi exatamente na decisão de exórdio da *Corte Costituzionale* frente ao novo ordenamento que tal controvérsia foi apreciada. A *Sentenza n. 1*, de 14 de junho de 1956, analisou a contradição material entre a norma constante do art. 21 da Constituição de 1948 e o art. 113 da *Legge di Pubblica Sicurezza* (Lei de Segurança Pública), promulgada em 18 de junho de 1931, a qual previa punição criminal para a distribuição, afixação em vias públicas ou impressão em jornais ou periódicos, de material de veiculação publicitária expressamente vetado ou não autorizado pela autoridade administrativa responsável pela segurança pública.

Com efeito:

Articolo 113 - Salvo quanto è disposto per la stampa periodica e per la materia ecclesiastica, è vietato, senza licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza, distribuire o mettere in circolazione, in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni. È altresì vietato, senza la predetta licenza, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, affigere scritti o disegni, o fare uso di mezzi luminosi o acustici per

comunicazione al pubblico, o comunque collocare iscrizioni anche se lapidarie. I predetti divieti non si applicano agli scritti o disegni delle autorità e delle pubbliche amministrazioni, a quelli relativi a materie elettorali, durante il periodo elettorale, e a quelli relativi a vendite o locazioni di fondi rustici o urbani o a vendite all'incanto. La licenza è necessaria anche per affiggere giornali, ovvero estratti o sommari di essi. Le affissioni non possono farsi fuori dei luoghi destinati dall'autorità competente. La concessione della licenza prevista da questo articolo non è subordinata alle condizioni stabilite dall'art. 11, salva sempre la facoltà dell'autorità locale di pubblica sicurezza di negarla alle persone che ritenga capaci di abusarne. Essa non può essere data alle persone sfornite di carta di identità. Gli avvisi, i manifesti, i giornali e gli estratti o sommari di essi, affissi senza licenza, sono tolti a cura dell'autorità di pubblica sicurezza.

Por outro lado, o art. 21 da Magna Carta trazia previsão colidente com a norma de censura da Lei de Segurança Pública, prevendo que: *“Articolo 21 - Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non puo' essere soggetta ad autorizzazioni o censure.”*

Pela Advocacia do Estado (*Avvocatura dello Stato*) foi levantada a questão de não ser possível a apreciação da inconstitucionalidade de uma norma antecedente à Constituição, porquanto o efeito a que estão sujeitas as normas deste jaez é o da ab-rogação, o que, para a lógica do controle de constitucionalidade italiano, pressuporia a declaração por parte dos julgadores ordinários de primeiro grau, e não da *Corte Costituzionale*. Também argumentaram que a norma contida no art. 21 da *Costituzione*, programática que é, não esbarraria em nenhum vício de legitimidade constitucional frente a normas mais antigas.

Ao decidir o caso, os Ministros da Corte apontaram que a terminologia “ilegitimidade constitucional” foi criada pela nova Carta Política, mas não representava óbice à competência exclusiva da Corte para julgar eventuais vícios de legitimidade de normas, por força do que consta do art. 136 da Constituição de 1948, segundo o qual: *“Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. [...]”*, significando que a eficácia de uma norma cessa no dia seguinte à publicação da decisão da

lavra da Corte, que declara a ilegitimidade constitucional, sendo esta última parte o ponto de ênfase dos Ministros, que entenderam ser a redação da norma constitucional bastante clara ao atribuir à Corte tal competência de declaração da ilegitimidade constitucional.

No tocante à alegação de que seria impossível a apreciação da constitucionalidade das normas anteriores à Constituição, os ministros salientaram que não poderia ser acolhida, uma vez que:

[...] a relação entre leis ordinárias e normas constitucionais e a posição que ocupam na hierarquia das fontes normativas não muda em absoluto, sejam as leis ordinárias anteriores, sejam posteriores às normas constitucionais. Tanto em um caso, quanto em outro, a norma constitucional, por sua natureza intrínseca ao sistema da Constituição rígida, deve prevalecer sobre a lei ordinária. (Itália, 1956, p. 8, tradução livre).

Frente a isso, em nítido exercício de hermenêutica constitucional, os Ministros salientaram que o art. 136 da Constituição não deixa brechas na regra de competência da *Corte Costituzionale*, de modo que somente a ela cabe a tarefa de realizar a declaração de ilegitimidade constitucional de uma lei, seja ela *precettiva* (preceptiva) ou *programmatica* (programática), conceituação que é importante para entender as motivações do julgamento em voga, do ponto de vista técnico.

Pois bem. No direito italiano, a distinção entre normas programáticas e normas preceptivas pode ser feita de acordo com o critério da determinabilidade do conteúdo (ROMBOLI, 1998, p. 143). Há três tópicos fundamentais: a) modo de aplicação - as normas programáticas são de aplicação diferida, ao contrário das normas preceptivas, que são de aplicação imediata; b) destinatário da norma - as normas programáticas têm como destinatário o legislador, ao contrário das normas preceptivas, que têm como destinatário o cidadão; c) conteúdo da norma - as normas programáticas são comandos-valor, resultando daí uma expectativa jurídica, ao contrário das normas preceptivas, que são comandos-regra, das quais resultam direitos diretamente invocáveis por particulares.

Sendo a realidade constitucional o conjunto de valores e a consciência dominante na comunidade, esta terá mais influência no que respeita às normas preceptivas, pois estas atribuem direitos diretamente invocáveis pelos particulares. A concretização de normas programáticas é mais dependente da realidade constitucional porque delas não resultam direitos diretamente invocáveis pelos cidadãos. Assim, compreende-se que

o legislador terá maior “margem de manobra” estando a concretização da norma programática dependente da sua vontade e da oportunidade política, tendo em conta a conjuntura num determinado momento.

Porém, fato é que, até a *Sentenza n. 1*, a distinção entre as normas preceptivas e programáticas representava fator crucial na delimitação da competência para exercício do controle difuso, exercido na Itália por julgadores ordinários de primeiro grau quanto às normas anteriores, sempre prolatando decisões de reconhecimento da revogação normativa por não recepção, e não de inconstitucionalidade.

O novo desafio, então, era delimitar o campo de abrangência da inconstitucionalidade superveniente, em comparação ao da revogação. Em artigo que comenta a posição adotada pelo Pretório italiano, Maria Grazia Rodomonte e Fiammetta Salmoni asseveram que:

Então, se a Corte prefere não enfrentar diretamente uma questão complexa, que já havia dividido a doutrina, não pode deixar de analisar, ainda que genericamente, a diferença entre os dois institutos que, em suas próprias palavras, “não são idênticos entre si, eis que repercutem em planos diversos, com efeitos diversos e competências diversas”, e acrescentando, também, que a ab-rogação “é mais restritiva quando comparada à ilegitimidade constitucional” e que “os requisitos necessários para que haja ab-rogação por incompatibilidade segundo os princípios gerais são assaz mais limitados do que os que podem ensejar a declaração de ilegitimidade constitucional de uma lei”.

Assim, de um lado, a Corte ressalta a maior amplitude do campo de ação da inconstitucionalidade superveniente, mas, de outro lado, não parece excluir a possibilidade, ainda que em remotas hipóteses, de que o caso de contraste entre a legislação anterior e a Constituição superveniente possa resolver-se pelo instituto da ab-rogação. Isto surge indiretamente confirmado da sucessiva afirmação segundo a qual “a notável distinção entre normas preceptivas (*preceptive*) e normas programáticas (*programmatiche*) pode ser, bem assim, determinante para se decidir pela ab-rogação ou menos [derrogação] de uma lei, mas não é decisiva nos juízos de legitimidade constitucional, podendo a ilegitimidade constitucional de uma lei derivar, em determinados casos, também de sua inconciliabilidade com normas que se dizem posteriores”. (RODOMONTE; SALMOBI, 2001, p. 2, tradução livre)

Como se denota dos comentários das doutrinadoras, a postura do Pretório Excelso italiano, após reconhecer a possibilidade de ocorrência da inconstitucionalidade superveniente, foi de estabelecer a ela um alcance maior, que a distinguisse da mera revogação, como modo de permitir a aferição dos casos em que seria aplicável uma e outra.

Evidentemente, trata-se de distinção bastante complexa, eis que, conforme consta da *Sentenza*, repercutem em planos diversos, com efeitos diversos e competências diversas, motivo pelo qual, naquele julgamento, a Corte não se ocupou de esgotar o estudo sobre quais seriam as hipóteses em que um ou outro critério seria aplicável.

Passando à análise da questão suscitada, sobre a incongruência entre o art. 113 da Lei de Segurança Pública italiana e o art. 21 da Constituição de 1948, os julgadores começaram destacando que a possibilidade ou não de coexistência entre tais normas já fora objeto de muitos estudos na doutrina italiana e na jurisprudência dos Tribunais durante o interstício de oito anos entre a promulgação da referida Carta Política e o julgamento da *Sentenza n. 1*¹⁰.

Ponderaram, todavia, que as soluções apontadas pelos estudiosos eram sempre no sentido do reconhecimento da ab-rogação do art. 113 da Lei de Segurança Pública, e sempre pairavam dúvidas acerca da classificação da norma contida no art. 21 como preceptiva ou programática.

Os julgadores foram enfáticos em dizer que esta distinção era importante para determinar a extensão do fenômeno da recepção, fator determinante para o desfecho de revogação total ou parcial de uma norma anterior, mas, em se tratando de discussão acerca de inconstitucionalidade superveniente, pouco importaria tratar-se de norma preceptiva ou programática.

E explicaram:

[...] nesta categoria, estão compreendidas normas constitucionais de conteúdo diverso: desde aquelas que se limitam a traçar programas genéricos de futura e incerta atuação, porque subordinadas à verificação das situações que as consentem, até normas em que o programa, se assim se desejar determiná-lo, tem concretude que não pode vincular imediatamente o legislador, repercutindo na interpretação da legislação precedente e sobre a eficácia que perdura em partes; são puras as normas que fixam princípios fundamentais, e

¹⁰ O impacto da Constituição italiana de 1948 sobre a legislação ordinária até então vigente foi muito sentido no país, uma vez que o momento histórico refletia exatamente o perfil de seu ordenamento jurídico: repleto de leis de cunho fascista, derivadas de princípios e conceitos completamente incompatíveis com os postulados e bases da nova Carta Republicana (MAZOWER, 2001) (MANN, 2008).

até mesmo essas reverberam em toda a legislação (ITÁLIA, 1956, p. 9, tradução livre)

Nesse diapasão, enfatizaram que inexistente distinção constitucional entre a manifestação de pensamento, que deve ser necessariamente livre, e a divulgação do pensamento declarado. Todavia, ressaltaram que é evidente que uma norma que atribui determinado direito não pode ser objeto de elucubrações hermenêuticas que redundem na exclusão completa de seu exercício.

Segundo os Ministros, embora sejam impostos limites à disciplina jurídica do exercício de determinado direito, de modo que a busca individual dos próprios objetivos se concilie com a busca dos objetivos dos demais indivíduos, isto não significa uma violação ou negação do direito. E, ainda que se pudesse pensar que a disciplina do exercício do direito pudesse acarretar limitação ao próprio direito, é inegável que o conceito de limitação é ínsito ao conceito de direito, e, no âmbito do novo ordenamento jurídico, as várias esferas jurídicas deveriam se limitar reciprocamente para que pudessem coexistir harmonicamente.

Ponderaram que é evidente que o fato de a Constituição ter enunciado o direito de livre manifestação do pensamento não significa o consentimento da norma com atividades que perturbem a tranquilidade pública, ou que tenha retirado da Polícia de Segurança a competência para fiscalizar e prevenir tais atividades. E, partindo desta premissa, seria inegável a legitimidade constitucional do art. 113, se a conferência de material publicitário pela autoridade competente estivesse vinculada ao objetivo de impedir fatos que constituam delitos ou que, segundo razoáveis previsões, possam provocá-los.

Os Ministros salientaram, por outro lado, que o critério de definição do que poderia ou não ser considerado material publicitário de lícita divulgação e veiculação não poderia ficar unicamente sob a discricionariedade da Autoridade Administrativa. Porém, destacam que o art. 21 da Constituição se omite quanto a isto, e a inexistência de critérios técnicos para a análise destes materiais publicitários acabava sendo realizada, caso a caso, segundo a pura subjetividade.

Lembraram que, mesmo antes da promulgação da Carta Magna italiana, o Decreto Legislativo nº 1.382, de 8 de novembro de 1947, disciplinou a interposição de recurso administrativo hierárquico contra as determinações da Autoridade de Segurança Pública que tivessem negado autorizações, como no caso de divulgação de material publicitário, e

a decisão tomada em sede recursal, segundo o Decreto, substituiria a decisão combatida.

Não obstante, reafirmaram a indeterminação da norma constitucional originária quanto aos limites ao exercício do direito de livre expressão do pensamento, pontuando que os poderes discricionários eram excessivos, ainda que houvesse previsão de um recurso administrativo. Alertaram que inexistia, de modo bem delineado, esfera dentro da qual deveria estar contida a atividade de polícia da Administração Pública, tampouco os poderes utilizados em tais atividades.

E, tomando por base todas estas ponderações, declararam a inconstitucionalidade do art. 113 da *Legge di Pubblica Sicurezza* (Lei de Segurança Pública) de 1931, exceto seu 5º *comma* (“parágrafo”), que, por simplesmente dizer que os materiais afixados não poderiam sê-lo em qualquer local público, entenderam não ofender nenhum regramento constitucional. No mais, o julgamento também abarcou, em nítido controle de constitucionalidade por arrastamento ou reverberação normativa, as normas contidas no mencionado Decreto Legislativo nº 1.382, de 8 de novembro de 1947.

3.2 Repercussões do julgamento na jurisprudência italiana

Marcante que foi, o julgamento materializado na *Sentenza n. 1* repercute até os dias atuais no direito italiano.

A distinção entre inconstitucionalidade e ab-rogação passou a ser observada pela *Corte Costituzionale* na jurisprudência sucessiva, tendo os julgadores declarado a ilegitimidade constitucional de uma gama de normas pré-constitucionais reputadas revogadas pela maioria dos magistrados do país, no enfrentamento de questionamentos em controle difuso.

Foi o caso, por exemplo, da *Sentenza n. 40*, de 24 de junho de 1958, na qual a Corte ressaltou que a importância de se transportar tal discussão para o plano da constitucionalidade se revelava precipuamente no interesse geral de se eliminar a discussão sobre a matéria, mediante decisão com efeitos *erga omnes*, o que diminuiria o número de processos judiciais repetitivos (RODOMONTE; SALMONI, 2001, p. 2-3). Aponta-se, ainda, a *Sentenza n. 70*, de 30 de abril de 2015, e a *Sentenza n. 178*, de 23 de julho de 2015 como exemplos de decisões recentes e que foram influenciadas pelo vetusto aresto explorado neste breve estudo (DIACO, 2016, p. 218-221).

CONCLUSÃO

Traçado um panorama comparativo e com a ilustração do paradigma definido no sistema italiano, procedeu-se à formulação de apontamentos contrastantes dos arestos de exórdio de cada Estado sobre o tema proposto. A partir da análise feita, foi possível extrair do paradigma explorado no direito comparado algumas propostas de aperfeiçoamento do modelo de controle de constitucionalidade nacional.

Nessa linha, o contraponto que se mostrou mais acentuado entre os dois sistemas é a concentração dos julgamentos de ofensas a normas constitucionais, que, na Itália, é feito necessariamente pela *Corte Costituzionale*, restando aos magistrados singulares daquele país tão-somente a declaração da revogação normativa; lá, quando é suscitada uma questão de ilegitimidade constitucional, o processo em curso é suspenso e remetido à Corte para apreciação mediante provocação das partes, do Ministério Público (*Pubblico Ministero*) ou por ato *ex officio* do julgador singular.

A proposta italiana se mostra salutar do ponto de vista da economia processual por servir como verdadeiro escudo contra a multiplicidade de interpretações contrastantes sobre uma mesma questão, advindas de juízes e tribunais.

Na Itália, buscou-se concentrar o poder de decisão sobre questões constitucionais em um órgão específico, composto por membros que ostentam as prerrogativas e vedações garantidoras da imparcialidade da Magistratura, e, forte em tal premissa, a *Costituzione della Repubblica Italiana* quis prestigiar a certeza do direito, contribuindo para o desenlace célere dos processos judiciais.

Assim, seguindo a sistemática italiana, quando o magistrado se defrontasse, em um processo sob a sua jurisdição, com uma forte dúvida de constitucionalidade, poderia, a pedido das partes, do Ministério Público, ou de ofício, remeter o exame da questão à Corte competente para tais assuntos. E, após o pronunciamento desta, o comando contido em sua decisão permitiria a solução da questão analisada, assim como das demais relações jurídicas não estabilizadas.

Segundo o modelo adotado na Itália, a estruturação desse organismo dependeria, ao menos, de duas outras providências normativas: (i) o estabelecimento da investidura temporária dos seus membros, através de mandato (possivelmente entre oito e dez anos), a fim de permitir uma adaptação da sua jurisprudência à alteração das circunstâncias sociais, o

que se daria com a renovação sucessiva de seus membros; (ii) a participação direta do Judiciário e do Legislativo na formação da composição da Corte, abandonando-se a dependência do processo de seleção dos membros à vontade da chefia do Executivo, cautela a resultar em garantia de maior independência e lisura.

Transportando-se esta lógica ao Brasil, além da adaptação destas mencionadas diferenças, outra necessidade de modificação do texto da Magna Carta se apresentaria: a exclusão da anacrônica competência do Senado Federal para determinar, em juízo discricionário, a suspensão da execução da lei, ou ato normativo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X).

Fosse o caso de se implementar tais alterações no modelo nacional, independentemente da intervenção do poder constituinte reformador, algumas consequências procedimentais poderiam ser antecipadas. A mais evidente delas seria o conhecimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade mesmo nos casos de leis antecedentes à Constituição, uma vez que não são excludentes, na superação de contradições no sistema jurídico, os critérios da hierarquia (da ilegitimidade constitucional) e cronológico (revogação).

Indubitavelmente, outro esmero dessumido de tais alterações seria a utilização, no controle concentrado, da técnica de ponderação de interesses, no afã de verificar com maior profundidade se a restrição a direito ou a liberdade constitucional se assenta em bases razoáveis, além de validar o efeito vinculante de que é dotada a ação direta de inconstitucionalidade, por força de previsão específica em sua lei regulamentadora. Isto tornaria o desfecho de procedência da ADI mais assemelhado aos julgamentos de *accoglimento* externados pela *Corte Costituzionale* em suas *Sentenze*.

Tecidas tais considerações, fica evidente que, a despeito de Brasil e Itália se filiarem ao modelo jurídico do *civil law*, grandes são os contrastes entre os mecanismos organizacionais instituídos por suas respectivas Constituições. As diferenças analisadas têm tratamento jurídico escorado em fatores políticos e sociológicos, o que é normal e esperado quando se vislumbra a Constituição como documento supremo de emanção das vozes e anseios de uma sociedade, e, justamente por isso, é tão difícil tomar por paradigma o plexo normativo existente em outro país para fins de estudo comparativo.

Não obstante, alguns elementos do funcionamento dos trâmites de julgamentos de questões de constitucionalidade na Itália se sobressaltam quando analisados, notadamente porque é tão evidente a predileção do

legislador constituinte italiano pela celeridade e pela economia processual, algo que, lá, já fora antevisto em meados do Século XX.

Tal premissa, tão festejada em tempos atuais, em que o julgamento rápido e eficaz de processos judiciais é assunto de primordial importância no Brasil, certamente deve despertar a curiosidade de juristas brasileiros para o modelo italiano. Porém, será que a sistemática de composição da *Corte Costituzionale*, particularmente quanto ao modo de seleção de seus membros, funcionaria no Brasil? Em um período em que tantas são as ações viabilizadoras do acesso ao Excelso STF, cada qual com suas particularidades, uma simplificação procedimental seria bem-vinda?

Inegavelmente, ainda pairam dúvidas sobre o tema, mas é fundamental que a discussão proposta inspire novas indagações sobre o modelo jurisdicional brasileiro. Apenas com o amadurecimento do pensamento constitucional é que se poderá definir com clareza os mecanismos mais adequados e eficazes ao deslinde de conflitos normativo de jaez constitucional.

REFERÊNCIAS

BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2007.

BARROSO, L. R.. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, L. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA**. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 07.12.2005, DJ 27.10.2006, p. 31, EMENT. VOL-2253-01, p. 1.

D'ORAZIO, G. **La genesi della Corte Costituzionale**. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni. Milão: Edizioni di Comunità, 1981.

DIACO, D. Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente. **Consulta Online - Periodico Telematico**, Genova, v. 1, estratto, p. 194- 223, abr. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GILISSEN, J. **INTRODUÇÃO histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Che cosa è la Corte Costituzionale**. 4. ed. Roma: Servizi Topografici Carlo Colombo, 2012.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 1/1956**. Relator: Dott. Gaetano Azzaritti. Roma: Gazzetta Ufficiale n. 146, 14 jun. 1956. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1956&numero=1>. Acesso em: 25 abr. 2019.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MENDES, G.; BRANCO, P. G.G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 134, p. 11-39, abr./jun. 1997.

PALADIN, L.; CRISAFULLI, V. **Commentario breve alla costituzione**. Pádua: CEDAM, 1990.

PALADIN, L. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1995.

PISANESCHI, A. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2017.

RODOMONTE, M. G.; SALMONI, F. A proposito di abrogazione e incostituzionalità sopravvenuta: breve rassegna di giurisprudenza su “antiche” (ma attuali) questioni. **Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato**, Roma, nov. 2001.

ROMANO, S. **Principii di diritto costituzionale generale**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1946.

ROMBOLI, R. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. **II Foro Italiano**, Roma, v. 121, n. 3, p. 143-165, mar. 1998.

RUFFIA, P. B. **Diritto costituzionale**. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VERGOTTINI, G. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1997.