



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

FELIPPE JOSÉ SILVA FERREIRA

**A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE NORMAS
CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**SOUSA - PB
2006**

FELIPPE JOSÉ SILVA FERREIRA

**A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE NORMAS
CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientadora: Prof^ª. Ma. Jacyara Farias Sousa.

**SOUSA - PB
2006**

FELIPPE JOSÉ SILVA FERREIRA

A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS
INCONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Jacyara Farias de Sousa
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa – PB
Novembro – 2006

A Deus, por me proporcionar o privilégio da Vida e pela sua companhia inexpugnável nos instantes de vacilação e sofrimento. . .

À minha querida e amada Mãe, uma grande mulher, pelo incentivo constante, por ter-me legado o tesouro da Educação, por despertar-me a paixão pelo Direito e, sobretudo, pelo amor incondicional. . .

Aos meus irmãos, Simão, Lourdes e Marcus, companheiros de uma vida toda, que indubitavelmente concorreram afetivamente para o êxito de mais uma missão que se finda. . .

À Isleide, mulher especial que o destino legou-me, sempre presente em todos os momentos ao longo destes últimos cinco anos, pela força, estímulo e carinho. . .

Aos meus familiares, que, presentes ou distantes, sempre me ocorrem à mente em recordações benfazejas. . .

Aos preciosos amigos que a Vida me ofertou, o eterno obrigado. . .

A todos os professores de minha caminhada estudantil, a gratidão por terem compartilhado conhecimentos. . .

AGRADECIMENTOS

Consciente de que toda e qualquer empreitada ou atividade humana depende, para a obtenção dos resultados colimados, da conjugação de esforços múltiplos, creio justo tecer oportunos agradecimentos àqueles que, de forma ou outra, contribuíram para a realização do presente. . .

Assim sendo, sincero obrigado a Maria de Fátima Silva, minha mãe, que em todos os momentos deste percurso trouxe-me alento, inspirando bons sentimentos e reacendendo, a todo instante, o ideal de Justiça. . .

O grato reconhecimento a todos os mestres da faculdade de Direito, pelas lições inesquecíveis, pelo empenho em despertar-nos o amor aos estudos, o respeito ao próximo e a busca pelo Justo. . .

À professora orientadora Jacyara Farias de Sousa, o meu muito obrigado, pela atenção e solicitude, pelo tempo despendido na correção das imperfeições técnicas deste trabalho, e, sobretudo, por ter se disposto à co-autoria do presente estudo. . .

Aos caros companheiros de turma, saudades eternas, pelos momentos de felicidade e de luta durante este quinquênio. . .

Aos amigos George Wads e Aquiles Herbert, por terem me dado guarida e por se mostrarem verdadeiros irmãos, sempre prestativos e companheiros, humanos e brincalhões. . .

Respeitoso agradecimento, outrossim, ao Dr. José Gabriel Bezerra Filho, por seu auxílio e prestatividade inafastáveis. . .

Não há normas constitucionais inconstitucionais;
quando muito, concretização inconstitucional do
Direito que está na Constituição (F. Müller)

RESUMO

O presente estudo científico objetiva vislumbrar a plausibilidade de normas constitucionais antinômicas em nosso ordenamento jurídico-constitucional, tema de acaloradas confrontações no âmbito do constitucionalismo pátrio. Utilizando-se dos métodos dedutivo e exegético-jurídico, com o manuseio da Constituição Federal de 1988, doutrinas, artigos extraídos da Internet e acórdãos jurisprudenciais, focar-se-á a pesquisa na análise da possibilidade de existirem, no cenário jurídico nacional, as denominadas normas constitucionais inconstitucionais, atentando-se para os dissídios acerca da temática, conformando a pesquisa com os entendimentos mais abalizados e pertinentes com a lógica e a racionalidade do sistema. Nesse sentido, serão observadas as normas constitucionais e as espécies nas quais divide-se, a possibilidade de hierarquia entre as normas, bem como a ocorrência de colisão ou tensão entre princípios e a conseqüente aplicação de critérios de forma a conformá-los um ao outro, evitando a quebra da coesão constitucional. Outrossim, dentro da técnica de interpretação do texto da Lei Fundamental, serão abordados os seus princípios condicionantes, atentando-se, em particular, para o princípio da unidade constitucional, mecanismo indispensável à integridade e harmonia das normas constitucionais. De fato, analisada a teoria de Otto Bachof acerca da existência de normas constitucionais inconstitucionais, resulta fora de dúvidas, segundo a doutrina majoritária, a impossibilidade de normas oriundas do Poder Constituinte Originário serem argüidas como inconstitucionais, haja vista que a unidade da Constituição e a segurança jurídica afastam a concepção jusnaturalística de uma ordem supralegal de valores. A bem da verdade, o que a doutrina admite é a plausibilidade de normas oriundas de Emendas, ao contrastarem com as cláusulas pétreas taxativamente previstas na Constituição Federal, incorrerem em flagrante inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Normas constitucionais inconstitucionais. Princípio da unidade constitucional. Teoria de Otto Bachof.

ABSTRACT

The present scientific study objective to glimpse the plausibilidade of antinomic constitutional ruleses in our legal-constitutional order, subject of heated confrontations in the scope of the native constitutionalism. Using of the methods deductive and exegetico-juridico degree, with the manuscript of the Federal Constitution of 1988, doctrines, extracted articles of the Internet and jurisprudenciais sentences, it will be focará research in the analysis of the possibility to exist, in the national legal scene, the called the unconstitutional, attempting against themselves for the agreements concerning the thematic one, conforming the research with agreements abalizados and pertinent constitutional ruleses with the logic and the rationality of the system. In this direction, the constitutional ruleses will be observed and the species in which it is divided, the possibility of hierarchy between the norms, as well as the occurrence of collision or tension between principles and the consequent application of form criteria conform it them one to the other, preventing the constitutional cohesion in addition. Outrossim, inside of the technique of interpretation of the text of the Basic Law, its condicionantes principles will be boarded, attempting against itself, in particular, for the principle of the constitutional unit, indispensable mechanism to the integrity and harmony of the constitutional ruleses. In fact, analyzed the theory of Otto Bachof concerning the existence of unconstitutional constitutional ruleses, it results outside of doubts, according to majoritária doctrine, the impossibility of deriving norms of the Originary Constituent Power to be defendant as unconstitutional, it has seen that the unit of the Constitution and the legal security move away the jusnaturalística conception from a supralegal order of values. Well of the truth, what the doctrine admits is the plausibilidade of deriving norms of Emendations, when contrasting with the stony clauses taxing foreseen in the Federal Constitution, to incur into instant unconstitutionality.

Wordkeys: Unconstitutional constitutional ruleses. Principle of the constitutional unit. Theory of Otto Bachof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	12
1.1 A Constituição e o ordenamento jurídico.....	12
1.2 Conceito de normas constitucionais.....	15
1.2.1 Espécie de normas: princípios e regras constitucionais.....	16
1.3 Hierarquia de normas constitucionais.....	18
1.4 Colisão de princípios constitucionais.....	23
1.4.1 A concordância prática.....	25
1.4.2 A dimensão de peso e importância dos princípios constitucionais.....	26
CAPÍTULO 2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	29
2.1 Conceito de interpretação constitucional.....	29
2.2 Princípios vetores de interpretação constitucional.....	30
2.2.1 Princípio da Supremacia da Constituição.....	32
2.2.2 Princípio da Unidade da Constituição.....	33
2.2.3 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.....	34
2.2.4 Princípio da interpretação conforme a Constituição.....	34
2.3 Análise do Princípio da Proporcionalidade.....	35
2.4 A Interpretação como método de reforma constitucional.....	38
CAPÍTULO 3 A INEXISTÊNCIA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS (ORIGINÁRIAS) INCONSTITUCIONAIS.....	41

3.1 O fenômeno das antinomias jurídicas.....	41
3.2 A teoria de Otto Bachof sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais.....	44
3.3 A inexistência de inconstitucionalidade de normas oriundas do poder constituinte originário.....	47
3.4 A possibilidade de inconstitucionalidade de normas oriundas do poder constituinte derivado.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	58
ANEXOS.....	60

INTRODUÇÃO

É bem presente a intrigante discussão no ordenamento jurídico acerca da plausibilidade da tese defendida pelo professor Otto Bachof, apresentando-se como objeto de análises e aprofundamentos o fenômeno de normas constitucionais inconstitucionais.

Evidenciando-se a relevância do tema sob a óptica de compreensão do ordenamento jurídico-constitucional, justifica-se a pesquisa pelo fato de analisar-se os reflexos da proposição de Bachof no constitucionalismo nacional, procurando, ademais, revelar as dissidências doutrinárias relativas ao objeto de estudo, acentuando o pensamento majoritário.

Nessa contextura, desenvolve-se a pesquisa científica no intuito de apreender a exata dimensão desta formulação teórica, analisando-a em seus fundamentos, e, sobretudo, vislumbrando a sua aceitação ou não na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Neste desiderato, objetiva-se o estudo crítico e acurado dos institutos de Direito Constitucional que circundam o tema, como tais entendidos aqueles que sirvam de supedâneo à sustentação ou refutação da proposição doutrinária, com o que se envidará por uma completa elucidação da temática, haja vista representar ponto sobre o qual pairam permanentes debates e conflitos de idéias, carecendo, pois, e sempre, de maiores e mais profundas incursões.

No que atine ao desenvolvimento da pesquisa, adotar-se-ão os métodos dedutivo e exegético-jurídico, manuseando-se doutrinas pertinentes, artigos extraídos da Internet, Constituição Federal de 1988, além de ementários jurisprudenciais relativos ao tema.

Preliminarmente, estudar-se-ão as normas constitucionais, porque representam a estrutura corpórea da Constituição, enquadrando-a no universo do ordenamento jurídico, delimitando, demais, as suas espécies constitutivas.

Ainda neste capítulo de abertura, analisar-se-á a possibilidade da hierarquização das normas constitucionais e, *a posteriori*, os mecanismos de refreamento das colisões entre princípios.

No capítulo subsequente, será abordado o fenômeno da interpretação constitucional, conceituando-o e analisando os princípios condutores da boa técnica interpretativa. Ademais, será intentada uma análise do princípio da proporcionalidade, tão em voga no cenário constitucional, ao que se seguirá a uma abordagem da interpretação constitucional enquanto meio de reforma da Constituição.

No último capítulo, será aprofundada a investida sobre o tema objeto do estudo, com a necessária compreensão do fenômeno das antinomias e seus critérios de solução, analisando a tese pugnada por Bachof, sua influência e aceitação, ou não, no ordenamento pátrio.

Nesse diapasão, serão abordados os dissídios doutrinários acerca da existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, bem assim o entendimento relativo à possibilidade de arguir-se a inconstitucionalidade de normas constitucionais derivadas do Poder de Reforma. Tudo isso fincado em arraigados e abalizados estudos conducentes ao tema, não se descurando, ademais, do posicionamento jurisprudencial pertinente.

CAPÍTULO 1 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Na perspectiva do universo jurídico-constitucional, as normas componentes desta sistemática emergem como protagonistas, porque delimitadoras da estrutura nevrálgica do organismo estatal, estabelecendo suas diretrizes, valores e fins, e, em assim sendo, despontam como objeto necessário e primeiro na abordagem do presente.

1.1 A Constituição e o ordenamento jurídico

Fazendo-se uma análise apriorística do que se possa entender por norma jurídica, emerge significação tendente a considerá-la como sendo o espírito ou mandamento que deflui da prescrição legal. Neste sentido, o conceito de norma reporta-se a uma disposição autorizadora ou inibidora dos comportamentos humanos.

Partindo-se, então, de uma análise sistêmica do Direito, não há considerar-se a norma jurídica isoladamente, porquanto, no acurado parecer do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (1997, p. 21):

O Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.

Nesse contexto, deflui interpretação segundo a qual as normas integrantes da órbita jurídica predisõem-se de forma tal a constituírem um todo harmonioso e sistemático a que se denomina ordenamento jurídico.

Na exata definição de Vladimir da Rocha França, *online*¹:

¹ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

O ordenamento jurídico representa todo um sistema ordenado e harmônico de normas que regulam a conduta jurídica das pessoas enquanto seres integrados em uma dada sociedade.

Impende esposar, portanto, por essa compreensão, que o ordenamento há de ser concebido como uma estrutura complexa de normas dispostas de forma escalonada e harmônica. Anota Bobbio (1997, p. 49), aderindo ao pensamento do mestre Kelsen, que:

As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema.

Sob esta visão de construção hierárquica da ordem jurídica, em que se dispõem as normas conforme a importância de seu conteúdo, sobreleva destacar aquele conjunto de normas fundantes, o qual constitui a organização estatal, firmando as diretrizes e princípios norteadores da convivência em sociedade. Tem-se, surgindo como resultado da juridicização dos valores sociais, políticos, econômicos e ideológicos de uma sociedade, a figura da Constituição, por meio da qual "o ordenamento jurídico toma forma e pode ser vivificado", nas palavras de Vladimir da Rocha França, *on line*².

Situando, pois, a Constituição dentro do Sistema Jurídico, deve-se entendê-la como a norma fundamental e superior de um Estado, "o estatuto jurídico fundamental da comunidade", na definição de Virgílio de Jesus Miranda Carvalho, (apud MORAES, 2002, p. 36).

Na percepção arrazoada do constitucionalista Alexandre de Moraes (2002, p. 36), a Constituição contém:

normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

² Disponível em: www.jus2.uol.com.br

Sob o ponto de vista material, a Carta Constitucional induz a um “conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, etc., que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser” (BASTOS, 1999, p. 43).

De onde se extrai que, materialmente considerada, a Constituição denota o complexo de aspirações de uma comunidade de homens, refletindo toda a carga valorativa e teleológica embutida em suas concepções sociais, econômicas e políticas.

Conceitua-se, outrossim, a Constituição pelo conteúdo de suas normas. Neste quadrante, constitucionais seriam aquelas normas definidoras da estruturação estatal, nas quais seriam traçados ou delineados os limites de atuação do Estado, conformando-o à obediência aos direitos e garantias fundamentais. Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 44), elucida nos seguintes termos o sentido substancial da Constituição:

Deve a Constituição, substancialmente considerada, regular um aspecto fundamental da comunidade política, indispensável à sua concepção ou à sua permanência; tratar da distribuição do poder dentro da sociedade; versar, enfim, sobre algo que, alterado, abalaria as próprias vigas mestras do ente político.

Não se olvide, entretanto, que não obstante a Constituição refletir, no plano abstrato, todo o ônus de valores e conquistas sociais, ela se corporifica mediante a formalização de suas normas.

Veja-se, portanto, o conceito formal de Constituição, trazido à baila por Celso Bastos (1999, p. 46):

A Constituição formal leva em conta a existência de um texto aprovado pela força soberana do Estado. É uma realidade eminentemente normativa, e, desta forma, institui a maneira pela qual as coisas devem ser.

Em arremate, notória a fundamental relevância da Constituição dentro do ordenamento jurídico, porquanto transparece como instrumento de juridicização das opções de uma dada sociedade em determinado momento de sua história.

1.2 Conceito de normas constitucionais

Sob o ponto de vista estritamente constitucional, a norma representa todo mandamento taxativo ou implícito, embutido ou não no corpo da constituição, e que fornece o supedâneo necessário à conformação social, econômica e política de uma sociedade.

Nunca é demais consignar que, por razões de a Constituição exsurgir como o estatuto fundamental do ordenamento jurídico, deve-se compreender a superioridade das normas constitucionais sobre outras de estatura inferior. Este o parecer de Luiz Wanderley dos Santos, *online*³:

Com respeito às normas constitucionais é importante definirmos a sua importância dentro do ordenamento jurídico, principalmente a sua superioridade em relação às demais normas. A supremacia da norma se faz necessária para que tenhamos segurança e estabilidade no seio da sociedade, mediante esta superioridade e imutabilidade.

Destarte, compreendida a norma constitucional como elemento de máxima relevância dentro da ordem jurídica, importa analisar-se as espécies nas quais se divide.

³ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

1.2.1 Espécies de normas: princípios e regras constitucionais

Dentro do conceito genérico de normas constitucionais, importa esclarecer que, embora parte da doutrina constitucionalista seja no sentido de não diferenciar as espécies em que se bipartem as normas, é corrente no pensamento mais atualizado a existência de graus diferentes de concretização das normas constitucionais.

Nesse sentido, George Lima, *online*⁴, discorre sobre tal diferenciação:

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Auscultando a explanação supra, deduz-se que, dentro do conceito generalíssimo de normas constitucionais, as regras e os princípios despontam como espécies, que, no opinar de George Lima, *online*⁵, "se diferenciam lógica e quantitativamente".

Sabido que regras e princípios são as espécies das normas constitucionais, mister faz-se observar as diferenças entre ambos. Destarte, lúcida e pertinente a lição do constitucionalista cearense Willis Santiago Guerra Filho (apud LIMA, *online*⁶), nos exatos termos que seguem:

As regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição ou tipificação de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção. Já os princípios, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que

⁴ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

⁵ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

⁶ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente.

Demais, esclarecida a diferença entre regras e princípios constitucionais, salienta-se que ambos restam absolutamente necessários à configuração do ordenamento jurídico, podendo-se rezar que as regras são concreções ou prescrições dos princípios, e estes atuam como mandamentos de otimização das regras, por constituírem a sua razão ou fundamento. Sendo certo, como bem registra a doutrina moderna, que “por trás de toda regra há um princípio que a fundamenta” (BONAVIDES, 1998, p. 239).

Oportuno consignar ainda que, embora não se deva menosprezar a maior carga axiológica de que estão servidos os princípios constitucionais, evidenciando-se imprescindíveis ao sistema normativo, a ponto de Ronald Dworkin (apud LIMA, *online*⁷), arrematar que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma regra”, posto infringir não somente um específico mandamento, mas o sistema em sua inteireza, necessário se mostra a perfeita harmonização de ambas as espécies normativas na composição do ordenamento.

Nessa medida, elucida Canotilho (1999, p. 186), ao pontificar:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigira uma disciplina legislativa exaustiva e completa. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica.

Destarte, imperioso notar o caráter de fundamentalidade de que se acercam os princípios, posto representarem a base sobre a qual se erigem as regras jurídicas.

⁷ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

Desse modo, não há como insurgir argumentos no sentido de negar aos princípios gerais e, em particular, aos princípios constitucionais, a sua natureza normativa, a sua “função normogênica fundamentante”, na definição de Canotilho (1999, p. 192).

Se, outrora, os princípios eram relegados a um segundo plano, hodiernamente, com a sua inserção nos textos constitucionais, conforme assinala Bonavides (1998, p. 237):

Operou-se uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. As novas Constituições acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta-se todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Outrossim, em face da composição do sistema jurídico constitucional como o somatório de regras e princípios, exsurge evidente a força normativa dos princípios, o que demonstra a sua caracterização como espécie de norma, ao lado das regras constitucionais.

1.3 Hierarquia de normas constitucionais

Se, acorde com o exposto, tem-se que a Constituição Federal de 1988 representa a norma fundante de uma nova ordem jurídica, sendo encarada como “fonte da ordem constitucional positiva”, no definir de José Afonso da Silva (1998, p. 47), apresenta-se indubitável o caráter de sobreposição que as normas constitucionais têm sobre normas outras de natureza infraconstitucional.

Questão de enorme relevo e de acirrados embates doutrinários é a possibilidade ou não de hierarquização das normas componentes da ordem constitucional. Surge,

assim, o questionamento acerca da possibilidade de se escalonar as regras e princípios constitucionais de acordo com a maior ou menor relevância dentro do sistema normativo.

Considerando-se a organização da ordem normativa segundo categorias diversas de intensidade valorativa, admitem alguns constitucionalistas a possibilidade de hierarquia entre as normas constitucionais.

Nesta direção, tem-se o ensinamento de Geraldo Ataliba (apud ESPÍNDOLA, 1999, p. 165):

Mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionados pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema.

Ao se observar, portanto, a diferença de níveis axiológicos entre as duas espécies normativas é que se afirma representarem os princípios constitucionais normas hierarquicamente superiores às regras constitucionais.

Nessa esteira, a opinião de Vladimir França, *online*⁸:

É certo que as regras constitucionais também têm uma dimensão axiológica e teleológica, mas esta se encontra adstrita às situações jurídicas individuais que visa regular, não incidindo diretamente, como fazem os princípios, sobre todo o sistema jurídico estatal.

Em assim sendo, sob o prisma estritamente valorativo, resta indubitável para muitos que a existência de hierarquia entre as normas constitucionais.

Nesta compreensão, prefigura George Marmelstein Lima, *online*⁹, fortificando a dimensão superior dos princípios no atinente a maior carga axiológica de que se servem:

⁸ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

⁹ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

Nesse aspecto, portanto, parece inarredável que nossa Carta Magna realmente 'hierarquizou' princípios, 'elegendo' os mais importantes para compor o núcleo essencial, para ser a 'dimensão política fundamental.

Nessa mesma concepção de preponderância hierárquica dos princípios sobre as regras pelo fato de sua maior relevância valorativa, Alzemer Martins e Bárbara Camardelli assim se posicionam, *online*¹⁰:

Não se pode esquecer a gradação instituída pela própria diferença de natureza das normas. Conceber a regra normativa sem o valor refletido pelo princípio significaria destitui-la de valoração.

Por esse raciocínio, qualquer classificação escalonada das normas constitucionais pauta-se pelo critério exclusivamente axiológico, o que não se pode relegar ao menosprezo didático. Por conseguinte, importa averbar o que parte da doutrina comenta a respeito.

Os constitucionalistas que concebem o escalonamento normativo identificam uma primeira fase de hierarquização axiológica entre as normas constitucionais, consistindo os princípios em normas sobrepostas às regras. Subseqüentemente, dentro da particular órbita dos princípios, surgem diferentes níveis principiológicos.

Neste corte axiológico que se faz entre os princípios constitucionais, dispostos acorde com sua amplitude dentro do sistema jurídico, irradiando-se por toda a sua plenitude, ou espreado-se em determinados setores do ordenamento, bastante metodológica a identificação de Luís Roberto Barroso (1998, p. 174) sobre duas diferentes espécies de princípios constitucionais, devidamente hierarquizadas: "Princípios fundamentais: contêm as decisões políticas estruturais do Estado; Princípios constitucionais gerais: constituem especificações dos princípios fundamentais".

¹⁰ Disponível em: www.pge.sp.gov.br

Partindo-se, portanto, da classificação dos princípios constitucionais, podem-se identificar como fundamentais aqueles que constituem as vigas estruturais da organização estatal, havendo quem estabeleça uma correspondência exata entre os princípios fundamentais e as cláusulas pétreas ou garantias de eternidade previstas pela Constituição Política de 1988, em seu art. 60, parágrafo 4º, como sendo: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais e coletivos.

Muito embora se entenda que muitos dos elementos deste dispositivo constitucional refletem verdadeiros princípios fundamentais, não há se fazer uma correlação exata entre estes e as cláusulas pétreas, pois os denominados princípios fundamentais repousam sobre todo o ordenamento constitucional, independentemente de sua inserção como cláusulas eternas.

Nesse sentido, França, *online*¹¹, entende que “nem todas as cláusulas pétreas contêm princípios, mas todos os princípios constitucionais fundamentais são cláusulas pétreas, sem haver espaço para exceções”.

Sob a ótica estruturante dos princípios constitucionais fundamentais, entendidos estes como sendo: princípio federativo; princípio da separação funcional do poder; princípio democrático ou da soberania popular; e os direitos e garantias fundamentais, há de se compreendê-los como princípios pujantes da ordem constitucional, sistematizadores da organização sócio-política do Estado, e que, por este motivo, recebem, na classificação valorativa dos princípios, a adjetivação devida de fundamentais.

¹¹ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

Complementando a classificação valorativa dos princípios constitucionais, têm-se, como decorrentes e especificadores dos princípios fundamentais, aqueles que a doutrina define como sendo princípios gerais, que, na compreensão de França, *online*¹²:

Estão relacionados a um dado subsistema constitucional. Do princípio fundamental da legalidade, sediado no art. 5º, II, da Constituição, decorrem os princípios constitucionais gerais da legalidade administrativa (art. 37, caput, da CF), referente ao subsistema constitucional da Administração Pública, e o da legalidade tributária (art. 150, I, da Lei Maior), relativo ao subsistema constitucional tributário.

Em outra margem diametralmente oposta, quando se observam as normas constitucionais pela ótica jurídica, em se atentando para a condição inexpugnável do princípio da unidade constitucional, inadmite-se a ocorrência de normas constitucionais hierarquicamente dispostas. A respeito, as palavras de George Marmelstein Lima, *online*¹³:

Ora, se a Constituição é um sistema de normas, que confere unidade a todo o ordenamento jurídico, disciplinando unitária e congruentemente as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, é mais do que razoável concluir não há hierarquia entre estas normas constitucionais. Não existe, pois, hierarquia (jurídica) entre os princípios e as regras constitucionais.

No entender deste e de outros juristas, reduzindo a questão ao aspecto valorativo, mostra-se inarredável a existência da hierarquia entre as normas constitucionais, porém, do ponto de vista jurídico, reconhecem a impossibilidade de um sistema constitucional hierarquizado, concluindo, destarte, encontrarem-se todas as normas constitucionais em um plano único dentro da ordem jurídica.

Desta feita, ainda que não se deva desprezar a extensão valorativa de uma ou outra espécie normativa, evidencia-se mais sensato tomar a questão pela sua feição

¹² Disponível em: www.jus2.uol.com.br

¹³ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

jurídica, não se devendo optar, desta maneira, por uma hierarquização das normas constitucionais.

Sendo assim, ainda que se respeitando a classificação doutrinária das normas constitucionais segundo seu maior ou menor fardo valorativo, inarredável mostra-se a disposição em mesmo patamar normativo de regras e princípios constitucionais, sob o ponto de vista jurídico ou epistemológico, conforme acentuado, posto dever-se resguardar coerência e unidade à Constituição, de modo a se preservar a sua estabilidade normativa.

1.4 Colisão de princípios constitucionais

Ainda que não se entenda, juridicamente ao menos, a possibilidade de escalonamento entre as normas constitucionais, a doutrina acentua a corrente existência de conflito ou tensão entre os princípios componentes da ordem constitucional.

A respeito, averba George Marmelstein Lima, *online*¹⁴:

É verdade. As normas constitucionais, muitas vezes, parecem conflitantes, antagônicas até. À primeira vista, aparentam inconciliáveis, por exemplo, o princípio da liberdade de expressão e o direito à intimidade.

Destarte, concorde os constitucionalistas, a possibilidade de colisão entre normas constitucionais decorre do fardo axiológico inserido na Constituição, pelo fato de esta trazer em seu bojo todo o conjunto de aspirações e interesses de uma sociedade de facetas múltiplas.

Nesse diapasão, aponta George Lima, *online*¹⁵:

¹⁴ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

¹⁵ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

Surge, então, dessa pluralidade de concepções – típica em um 'Estado Democrático de Direito' que é a forma política adotada por nós – um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais. Ademais, o simples fato de os princípios constituírem um sistema aberto, ou seja, permitirem uma compreensão plástica e fluida, já insinuam (ou subentende-se) que podem existir fenômenos de tensão entre esses princípios componentes dessa dinâmica ordem sistêmica.

Tempestivo esclarecer que o intérprete ou jurista ao defrontar-se com princípios constitucionais conflitantes não deve utilizar critério algum de forma a afastar a aplicação de um deles, porque, não há que se falar, em casos de colisão de princípios, em antinomia jurídica, própria das regras, que, por conterem fixações definitivas de condutas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, de tal forma que a validade de uma exclui a outra. Ao contrário, os princípios devem atuar em perfeita coexistência, por permitirem balanceamento de bens e valores.

Nesse ínterim, o que se permite ao intérprete-aplicador do Direito é o manuseio de soluções, auferidas pelos juristas alienígenas, de forma a encontrar-se, tanto quanto possível, uma conformação concreta de um princípio ao outro. Importante registrar o discorrido por George Lima, *online*¹⁶, ao resumir as soluções utilizáveis quando da existência de princípios constitucionais colidentes:

Duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina (estrangeira, diga-se de passagem) e vêm sendo comumente utilizadas pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática, concebida por Konrad Hesse; a segunda, a da dimensão de peso ou importância, formulada por Ronald Dworkin.

Isto posto, exige-se do intérprete a adoção sucessiva dos métodos apontados, a bem de se preservar os princípios em rota de colisão, conforme tão bem disciplina George Marmelstein, *online*¹⁷:

¹⁶ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

¹⁷ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

Primeiro, aplica-se a concordância prática [. . .]; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de 'menor peso'.

Considerada, então, a possibilidade de choque de princípios constitucionais e visto existirem técnicas de solução destas eventuais colisões, sobrepõe-se de relevo destacar as linhas características de ambos os métodos.

1.4.1 A concordância prática

Averbam os mestres figurar o princípio da concordância prática ou da harmonização como corolário básico da unidade constitucional, impondo o equilíbrio entre valores ou direitos constitucionais colidentes através de juízo ponderativo onde se preserve ao máximo os bens jurídicos conflitantes.

Para maior abrangência do tema, plausível a lição de George Lima, *online*¹⁸:

A concordância prática pode ser enunciada da seguinte maneira: havendo colisão entre valores constitucionais (normas jurídicas de hierarquia constitucional), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento da concordância prática [. . .] que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais em colisão, ou seja, busca-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes.

Afirma-se, em assim sendo, que a concordância prática impõe a coordenação dos bens jurídicos em conflito, evitando o detrimento de uns em relação aos outros, fundando-se na idéia do mesmo valor dos bens ou valores insertos constitucionalmente e conferindo, ademais, limites mútuos de maneira a se obter uma harmonização entre esses dispositivos constitucionais.

¹⁸ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

Vale salientar, ainda, nota esclarecedora expendida por George Lima, *online*¹⁹, que exemplifica magistralmente a concordância prática:

Um exemplo esclarecerá melhor a aplicação do princípio da concordância prática: na Alemanha, em um caso famoso, um sujeito foi preso, por estar sendo acusado de inúmeros crimes de grande repercussão social. Logicamente, a imprensa local pretendia divulgar amplamente a matéria, tendo, inclusive, uma emissora editado um documento, o qual seria transmitido em horário nobre. Diante desses fatos, o sujeito que havia sido preso aforou uma ação pretendendo impedir os intentos da imprensa sob a alegação de que a divulgação da matéria feriria o seu direito à intimidade e à privacidade, sendo certo que, após a divulgação, seria impossível ao sujeito tomar a ter uma vida normal. . . Estaríamos, assim, diante de uma colisão de dois princípios constitucionais: a liberdade de expressão e o direito à intimidade. O fato foi posto a julgamento e a Justiça Alemã, utilizando o princípio da concordância prática, assim decidiu: a imprensa poderá, em nome da liberdade de expressão, exhibir a matéria. No entanto, visando preservar o direito à intimidade do indivíduo, não poderá citar seu nome completo (mas somente as iniciais), nem mostrar seu rosto (deverá utilizar mecanismos eletrônicos para desfigurá-lo).

Vige-se, portanto, inteiramente possível a conciliação de princípios contrapostos, por meio da concordância prática, o que significa a acomodação de um ao outro, não se fazendo necessária a mutilação ou sacrifício completo de quaisquer deles.

1.4.2 A dimensão de peso e importância dos princípios constitucionais

Ainda que se reconheça a eficácia da concordância prática na solução de eventuais colisões entre princípios constitucionais, hipóteses ocorrem nas quais isto não se demonstra factível, isto porque, ao contrário das regras jurídicas, onde se aplica o critério absoluto do "tudo ou nada", através do qual a validade de uma regra para aquele caso concreto exclui de imediato a aplicação de outra, não se pode menosprezar um princípio de forma a se preservar outro. Em ocasiões destas, adota-se um segundo

¹⁹ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

critério, formulado por Ronald Dworkin, e sintetizado nos seguintes termos (apud LIMA, *online*²⁰):

Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles [. . .].

Nestes termos, diante de um caso concreto, onde se entrecruzem vários princípios, compete ao intérprete avaliar o peso relativo e a importância de cada um deles, de forma a sacrificar-se o mínimo possível o princípio de menor peso ou importância.

A completa apreensão da temática requer a análise de esclarecedor exemplo, trazido à baila por George Lima, *online*²¹:

Cuidava-se de uma ação de reparação de danos proposta pela atriz Maria Zilda Bethelm Vieira contra a Editora Abril S. A., cuja causa de pedir foi uma matéria jornalística publicada na seção Gente da revista Veja, noticiando que a autora, quando estava sendo transmitida a novela "Olho por Olho", teria o hábito de faltar às gravações ou chegar alcoolizada, ferindo, portanto, o seu direito à intimidade (inviolabilidade da vida privada). A Editora Abril S. A. sustentou em sua defesa que sua conduta (a de publicar a matéria) estava em consonância com o preceito constitucional que garante a liberdade de informação, tendo, por isso, agido em absoluta conformidade com a Carta Magna, informando seus leitores a respeito de fato de interesse público. Dessa forma, no caso concreto, ponderou-se que o princípio da inviolabilidade da vida privada teria maior peso e importância do que a liberdade de expressão, para fins de sanção civil. Na hipótese, como a conciliação completa não seria possível, tendo em vista que a matéria já havia sido publicada, condenou-se a Editora Abril S. A. a pagar uma indenização à atriz, pela violação de sua vida privada.

Entrementes, ao dimensionar o peso e a importância dos princípios constitucionais díspares, o intérprete exerce juízo ponderativo, levando em consideração fatores de ordem objetiva e subjetiva, aliando a atividade eminentemente intelectual a uma compreensão sensível e humanizadora, para que, dentre as soluções pertinentes que se

²⁰ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

²¹ Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

lhe apresentem, possa obter “uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (LIMA, *online*²²).

²² Disponível em: www.georgemlima.hpg.ig.com.br

CAPÍTULO 2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Analisadas as normas constitucionais em seus aspectos basilares, importa compreender, doravante, a interpretação do texto constitucional, entendendo-a como imprescindível à elucidação e correta aplicação dos enunciados normativos, perscrutando por seus princípios conformadores.

2.1 Conceito de interpretação constitucional

Interpretar designa esclarecer ou aclarar o conteúdo de determinada expressão. Reporta-nos à idéia de dimensionar exatamente, em todos os seus termos, a significação de uma locução. Não é diferente quando o objeto a interpretar é uma norma jurídica, pois, no intrincado universo jurídico, não raras são as ocasiões nas quais o aplicador do Direito defronta-se com regras de conteúdo que, *a priori*, mostra-se inevidente.

Em tempos de outrora, imperava tese segundo a qual se poderia dispensar a interpretação quando o conteúdo normativo fosse de todo límpido e evidente. Na dogmática moderna, *a contrario sensu*, reconhece-se o caráter de imprescindibilidade de que se reveste a interpretação, especialmente a nível constitucional. No dizer magistral de Canotilho (1999, p. 207), “toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa”.

No contexto constitucional, interpretar as normas que compõem esta amplíssima área do Direito, significa compreender, investigar e mediatizar o conteúdo dos enunciados lingüísticos que conformam o texto constitucional. Nesse sentido, comporta tarefa não só dos juízes e tribunais, mas, outrossim, do Poder Legiferante e da própria Administração.

Compreende-se, desta forma, que a interpretação constitucional representa o descortinamento do verdadeiro teor das normas componentes deste sistema, porquanto se perquire por uma análise aprofundada das nuances e dos valores impregnados no ordenamento constitucional.

Pertinente o ensinamento do preclaro J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 208): "A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição".

Embora alguns constitucionalistas entendam não existir uma interpretação especificamente constitucional, a doutrina mais arrazoada posiciona-se em outra margem, preferindo conceber uma metódica de interpretação especificamente constitucional às normas da Constituição.

Assim declina Amandino Teixeira Nunes Júnior, *online*²³:

Reconhece-se a especificidade de uma interpretação constitucional, ainda que se possa restringir à parte dogmática das constituições, o que torna evidente que a interpretação especificamente constitucional é, essencialmente, uma hermenêutica de princípios.

Analisada, portanto, a necessidade de se aferir o sentido das normas, através de uma interpretação especificamente constitucional, requer-se estabelecer a atuação dos princípios condutores da técnica interpretativa.

2.2 Princípios vetores de interpretação constitucional

Não a destempe reforça-se o entendimento de que os princípios constitucionais atuam como mandamentos fundantes da ordem jurídico-constitucional. Realmente, o

²³ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

relevo dos princípios no cenário da construção da ordem jurídica reside no fato de conterem em si todo o fardo valorativo de aspirações multidimensionais de uma sociedade.

Sobre tal aspecto aduz Augusto Zimmermann, *online*²⁴, acentuando o caráter axiológico dos princípios constitucionais:

[. . .] não são apenas relevantes à questão da mera legalidade formal, mas igualmente referentes à criação de uma concepção mais propriamente axiológica do direito, em termos da objetivação de certos valores sócio-políticos subsistentes quando da formalização jurídica do direito constitucional pelo poder constituinte.

Sob o prisma da interpretação constitucional, fulgura indelével a relevância dos princípios, sendo uníssona a doutrina em apontá-los como verdadeiros “guias” na atuação do intérprete.

É o que se capta ao perpassar de vistas o esclarecedor ensinamento de Augusto Zimmermann, *online*²⁵:

Podemos avaliar que os princípios fundamentais são como luzes irradiantes para a interpretação constitucional. Afinal, eles provêm o intérprete com elementos axiológicos para uma razoável interpretação e, assim sendo, desenvolvem uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional.

Sabido, deste modo, que os princípios consubstanciam as diretrizes fundamentais no conducente à interpretação constitucional, a doutrina tece o elenco de princípios vários, imprescindíveis à boa técnica interpretativa. Nesta linha de raciocínio, compete, portanto, analisar ainda que não em toda a sua profundidade de detalhes, alguns dos princípios vetores da interpretação constitucional.

²⁴ Disponível em: www.achegas.net

²⁵ Disponível em: www.achegas.net

2.2.1 Princípio da Supremacia da Constituição

A Carta Constitucional, por representar o marco iniciador de uma nova ordem jurídica, compilando em si os pontos nevrálgicos de estruturação estatal e de resguardo dos direitos e garantias das pessoas, erige-se ao *status* de norma fundamental e suprema do ordenamento.

Razão porque entende Roberto Barroso (apud HORTA, *online*²⁶), que “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”.

Nesse íterim, reforçando a tese segundo a qual as normas constitucionais encontram-se no vértice da pirâmide normativa, tem-se, de acordo com o dizer de França, *online*²⁷, que: “as normas constitucionais devem gozar de total supremacia quando confrontadas com os fundamentos e diretrizes infraconstitucionais”.

Sendo assim, quando da interpretação constitucional e em se confrontando os preceitos normativos da Constituição com outros não insertos em seu corpo, há de compreender o intérprete que as normas constitucionais, pela importância de que se revestem no ordenamento jurídico, sobrepõem-se a quaisquer mandamentos de natureza infraconstitucional.

Desta forma, em virtude da supremacia constitucional, não deve perdurar nenhuma incompatibilidade de norma hierarquicamente inferior com o texto da Constituição Federal, sob pena de exclusão do universo jurídico.

²⁶ Disponível em: www.editora.univale.br

²⁷ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

2.2.2 Princípio da Unidade da Constituição

É de compreender-se que a Constituição retrata não um sistema compartimentado de seções herméticas, mas, ao revés, um conjunto de regras e princípios intersistemizados.

Diante disso, o texto constitucional há de ser interpretado como um todo harmônico e integrado, até por que Gama, *online*²⁸, dispõe que “a Constituição não é um amontoado de preceitos, cada um isolado em sua própria órbita, sem sofrer a influência dos demais”.

Ademais, não se deve olvidar que, segundo Vladimir da Rocha França, *online*²⁹:

As normas constitucionais devem guardar harmonia entre si, de modo que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores.

Nesta esteira, por demais elucidativa a compreensão do princípio da unidade constitucional, ofertada por Luís Roberto Barroso (1998, p. 185):

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.

Compreende-se assim que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar antinomias ou incompatibilidades entre suas normas, de molde que o intérprete deve considerar a Carta Constitucional em sua plenitude, não a interpretando como sendo um mero conjunto de normas dispersas. Ao contrário, deve procurar, a todo custo, harmonizar aparentes contradições, concebendo a Lei Fundamental como um sistema unitário e

²⁸ Disponível em: www.escriorioonline.com

²⁹ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

coeso e conferindo igual relevância e dignidade a todas as normas inseridas no corpo formal da Constituição.

2.2.3 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público

Corolário do princípio da segurança jurídica, imanente ao Estado de Direito, tem-se a presumir como constitucionais quaisquer atos emanados do Poder Público. Nesse sentido, a infração à norma constitucional há de aparentar evidente, porquanto a dúvida milita em favor da lei. Concorde, pois, com a principiologia da interpretação constitucional, deve manifestar-se patente a violação da Constituição, posto que esta não se presume, em absoluto.

Nesta direção, a análise sintética de Roberto Barroso (1998, p. 161) a respeito do presente princípio:

Não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade.

Desta forma, os atos decorrentes da atuação do Poder Público nascem com a presunção de obediência à Constituição e ao ordenamento jurídico, até porque, do contrário, abalados restariam os alicerces da segurança jurídica.

2.2.4 Princípio da interpretação conforme a Constituição

Objeto deste princípio são aquelas normas constitucionais tidas e havidas por polissêmicas, por admitirem várias interpretações. Em casos que tais, imperioso preferir-se a interpretação que esteja em consonância com todo o conjunto das normas

constitucionais. Desarrazoado, portanto, adotar-se técnica interpretativa que não se afigura pertinente com o texto constitucional em sua inteireza. A consagrar-se, deste modo, a preservação das leis, conformando-a, sempre que possível, à Constituição.

Nessa ótica, discorre Luiz Roberto Barroso (1998, p. 175):

Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. [...] Note-se que o texto legal continua íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.

Termos em que se pode estabelecer que, ao adotar-se a interpretação conforme a Constituição, o intérprete-aplicador, em momento algum declara sentido da norma legal que se revele incompatível com a integridade do texto constitucional. O que ocorre, a bem da verdade, é a aplicação da norma polissêmica de forma condizente com a Lei Maior, não se descurando da sua coesão e harmonia.

2.3 Análise do Princípio da Proporcionalidade

Embora se reconheça que o tema a abordar ainda carece de maturação nos círculos acadêmicos nacionais, tendo-se em vista a importância que comporta, não é demais discorrer, ainda que de modo perfunctório, sobre o que se possa entender ou conceber por princípio da proporcionalidade.

A maior parte dos constitucionalistas pátrios identifica o princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade, no que se acentua a sinonímia entre ambos os termos.

Nesse sentido, observando-se a doutrina de Luís Roberto Barroso (1998, p. 208), vê-se que, embora os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tenham origens

distintas, sendo aquele decorrente do direito anglo-saxão, ao passo que este tem suas raízes na doutrina alemã, evidente e fora de dúvidas mostra-se a fungibilidade entre ambos os princípios.

Visto, desta forma, coincidirem, ao menos no opinar da doutrina majoritária, os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, imprescindível identificar a duplicidade funcional desempenhada pelo princípio da proporcionalidade na sistemática jurídica brasileira, conforme lúcida nota de Luciano Sampaio Rolim, *online*³⁰:

É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. [...] De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

No que pertine a sua função de salvaguarda dos direitos fundamentais frente a ação restritiva do Estado, a proporcionalidade tem o condão de ampliar o controle jurisdicional sobre atividades estatais discricionárias, possibilitando, assim, a contenção do exercício abusivo do poder público.

Outrossim, embora não se firme a existência de hierarquia entre normas constitucionais, segundo já apontado, casos não excepcionais há em que se patenteia conflito ou colisão de espécies normativas. Nesse particular, socorre-se em alguns momentos o intérprete do princípio da proporcionalidade, buscando conciliação entre direitos fundamentais oponíveis, de molde a se obter equilíbrio dos bens jurídicos, o que não requer sacrifício total de um ou outro, mas, a contrário, verdadeiro balanceamento harmonizante.

³⁰ Disponível em: www.neofito.com.br

Nestes termos, o princípio da proporcionalidade atua insofismavelmente como “mecanismo de tutela dos direitos fundamentais contra os abusos do poder público”, no dizer de Rolim, *online*³¹.

Sendo assim, relevante a missão desempenhada pela proporcionalidade, ao funcionar como critério para a solução de conflitos de direitos fundamentais, no que se faz instrumento de interpretação indubitavelmente apropriado.

Adentrando-se no conteúdo próprio do princípio da proporcionalidade, chega-se a um desdobramento ou tripartição em subprincípios, compreendidos como adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A priori, há de se adotar aquela medida, dentre as plausíveis, que se afigure como sendo a mais adequada, satisfazendo ao máximo o interesse público perscrutado pela norma constitucional.

Ademais, a limitação aos direitos fundamentais deve restringir-se ao estritamente necessário à satisfação do bem coletivo. Para maior alcance da significação desta face da proporcionalidade, frise-se a lição tempestiva de Gomes Canotilho (1999, p. 264):

O princípio da exigibilidade também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão.

De se ver, ainda, a exigência de uma proporcionalidade entre a ressalva ao direito fundamental imposta pelo poder público e a medida utilizada. Nessa medida, ainda auscultando o douto ensinamento do mestre Canotilho (1999, p. 265): “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

³¹ Disponível em: www.neofito.com.br

Do que se expôs, resulta inequívoca a relevância do princípio da proporcionalidade, quer como mecanismo de supressão de eventuais colisões normativas, seja como instrumento inibidor à atuação restritiva do Estado frente aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, para que seja suficientemente dissecado e entendido pelos juristas nacionais, e, por conseguinte, perfeitamente utilizável como meio protetivo da segurança jurídica e dos direitos e garantias dos cidadãos, inafastável abordá-lo em conjunto com todo o sistema constitucional.

2.4 A interpretação como método de reforma constitucional

Quanto à compreensão da técnica interpretativa como método de reforma constitucional, é oportuno que se atente para o fato de a atuação do poder constituinte derivado ou reformador configurar método tradicional ou formal de reforma à Constituição.

Desta feita, de se ver que outro meio qualquer de Reforma Constitucional, mostra-se informal, por não obedecer ao processo constitucional expresso, muito embora plausível e válido, posto entender-se a via formal como necessária tão-somente “[. . .] em circunstâncias especiais de convulsões sociais e crises constitucionais violentas[. . .]” (FARIAS, *online*³²).

Não se pode menosprezar, portanto, que, ao lado da técnica tradicional de reforma do texto constitucional, outros meios exurgem como prontamente dispostos à acomodação do texto constitucional à conjuntura social na qual se insere.

³² Disponível em: www.pgm.fortaleza.ce.gov.br

Nestes termos, ganha contornos relevantes no processo de reforma a interpretação constitucional, pois constitui, segundo informa Márcia Albuquerque Farias, *online*³³:

Um instrumento eficaz para revigorar e vivificar a Constituição preservando a sua principiologia e assegurando a sua longevidade, permanentemente ameaçadas pelas constantes Emendas Constitucionais.

Cabe entender que, por representar a Constituição um sistema aberto, permitindo constante atualização e aperfeiçoamento do sentido e alcance de suas normas, modo a adequar-se permanentemente à vida quotidiana, bom que se busque soluções várias de reforma constitucional, figurando a interpretação “como instrumento de mediação entre o texto e a realidade constitucional” (FARIAS, *online*³⁴).

Além disso, evidente que o excesso destemperado de emendas à Constituição tende a descaracterizá-la e a distorcer a exata essência dos seus princípios conformadores, razão porque desponta a interpretação constitucional como mecanismo plenamente eficaz àquelas mudanças textuais não decorrentes de crises constitucionais convulsivas.

Acentuando, destarte, a existência de dois métodos distintos de reforma do texto constitucional e reconhecendo, portanto, a interpretação como técnica informal de revisão ao texto da Lei Fundamental, sintética e clara a visão de Márcia Sampaio Farias, *online*³⁵:

A rigor, a reforma constitucional pode se dar de duas maneiras distintas: formal e informal. Na primeira, necessariamente há mudança no texto constitucional. Na segunda, usa-se a interpretação para suprir a mudança literal da lei. Assim é o que acontece, por exemplo, quando uma lei institui um tributo e cobra-o antes do exercício financeiro. Nesse caso, não é preciso revogar a lei, basta condicionar sua eficácia ao exercício financeiro seguinte.

³³ Disponível em: www.pgm.fortaleza.ce.gov.br

³⁴ Disponível em: www.pgm.fortaleza.ce.gov.br

³⁵ Disponível em: www.pgm.fortaleza.ce.gov.br

Desta feita, de se perceber que a interpretação, além de técnica indispensável à justa e eficaz aplicação do Direito, pode muito bem ser tida e considerada como método de reforma constitucional, designando um processo informal de alteração do sentido, significado e alcance da Constituição, adequando-a a móbil realidade factual, mas nunca contrariando sua essência normativa.

CAPÍTULO 3 A INEXISTÊNCIA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS (ORIGINÁRIAS) INCONSTITUCIONAIS

Assentadas as bases de compreensão, requer-se analisar o cerne da questão das antinomias jurídicas, perpassando pelo entendimento da tese de Otto Bachof das normas constitucionais inconstitucionais, focalizando-o em seu desenvolver-se e acatamento ou repulsa nas veredas do constitucionalismo nacional.

3.1 O fenômeno das antinomias jurídicas

Visto que o sistema jurídico corresponde a um todo orgânico e não a um amontoado desconexo de normas flutuantes, impende considerar-se minuciosamente tema de sobejos estudos doutrinários e que representa fenômeno peculiar e recorrente no espectro normativo, a conhecer-se pela locução antinomia jurídica.

Compreendendo-se o ordenamento jurídico sob a visão da estratificação das normas, não raras ocasiões emergem situações de conflito normativo. À vista disso, tem-se o entendimento de Maria Helena Diniz (1992, p. 113):

A antinomia jurídica é a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo [. . .].

De se inteirar, então, que o fenômeno da antinomia designa o conflito entre normas oriundas de poder competente, onde não se pode estipular, *a priori*, qual delas terá aplicação no caso concreto.

Ademais, importante considerar-se que a antinomia ocorre especificamente em casos de conflito de regras jurídicas. Nesse sentido, ao contrário dos princípios, que

comportam graus diversos de concreção, consoante o seu peso e importância, as regras, por conterem fixações definitivas de condutas, não deixam espaço para outra solução, de forma que uma regra deve ser cumprida na correta extensão de suas prescrições. Destarte, a validade de uma regra exclui, de imediato, a validade de outra com a qual contraponha-se.

Em sendo assim, tendo-se como inafastável a coesão das normas componentes do sistema jurídico, surge a necessidade de buscar-se uma solução para estes eventuais embates normativos.

Na tentativa de sanar as antinomias, a doutrina desenvolveu três critérios, tidos como regras fundamentais para a sua solução. A considerar-se o critério cronológico; o critério hierárquico; e o critério da especialidade.

Sobre o critério cronológico, apontado pelos estudiosos como o mais frágil dentre todos, posto não resistir frente aos demais, tem-se perfeita análise despendida pelo mestre Bobbio (1997, p. 92), nos escólios seguintes:

O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*.

Depreende-se assim que uma lei sucedente a uma outra com a qual incompatibiliza-se, de acordo com o escandido, revoga-a pelo fato de, sob a ótica temporal, constituir-se posteriormente.

Em outro ponto, surge o que se denomina de critério hierárquico ou *lex superior*, também explicitado pelo jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (1997, p. 93): “entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior”

Nesse sentido, é claro o pensamento de Pedro Pontes de Azevedo (2001, p. 05): “caso exista conflito entre uma norma constante de uma lei ordinária e uma norma

constitucional, por exemplo, esta prevalecerá sobre aquela, que perderá a sua eficácia [. . .]. Este critério é corolário da construção escalonada do sistema jurídico, onde as normas são enfeixadas em estamentos de acordo com seu maior ou menor poder normativo.

Ademais, assinala a doutrina a existência de um derradeiro critério de resolução da problemática das antinomias, assinalado como especialidade ou *lex specialis*, de forma que quando leis colidentes disciplinarem o mesmo conteúdo, sendo que uma delas o faz de forma genérica, delineando os contornos mais amplos de determinada matéria, ao passo que a outra aborda as questões mais específicas, dando um enfoque mais particular ao tema, prevalecerá esta àquela.

Baseando-se nos critérios mencionados, possível a graduação das antinomias, entendendo-se como de 1º grau aquele conflito onde se utiliza apenas um dos critérios de solução, e, noutra margem, antinomia de 2º grau caracterizando-se como aquela em que se manuseiam dois dos critérios enfocados.

Ainda com foco na trílice classificação das regras de solução dos conflitos de normas, concluem os juristas pela visualização de antinomias que se perfazem apenas aparentemente, em existindo critérios para a resolução do entrave, e, outrossim, pela configuração de antinomias reais, situação na qual não há possibilidade de aplicação de quaisquer das três regras de consertação do choque normativo.

Diante de tais classificações, didaticamente relevantes para a perfeita intelecção do tema, é tempestiva a explanação feita por Flávio Tartuce, *online*³⁶:

Em um primeiro caso de antinomia de segundo grau aparente, quando se tem um conflito de uma norma especial anterior e outra geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade, valendo a primeira norma; Havendo conflito entre uma norma superior anterior e outra inferior posterior, prevalece também a primeira (critério hierárquico), outro caso de antinomia de segundo grau aparente.

³⁶ Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br

O problema emerge, e aí aponta a doutrina a existência de uma antinomia real, quando se entrecrocaram os critérios hierárquico e o da especialidade, não sendo possível o manuseio de um ou outro critério para a resolução do conflito.

Sobre este aspecto, auspiciosas as notas ofertadas pela professora Maria Helena Diniz (1992, p. 118):

No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito.

Nesta perspectiva, em restando impossível a aplicabilidade de critérios a solucionar o conflito de normas, e não sendo dado ao intérprete-aplicador a faculdade de omitir-se diante de um caso concreto, a medida a utilizar decorre da prescrição do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, nos seguintes termos: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Analisado, portanto, o fenômeno da antinomia jurídica em sua amplitude, restaria o questionamento de existir ou não a possibilidade de antinomia no âmbito jurídico-constitucional.

3.2 A teoria de Otto Bachof sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais

Procedendo-se a uma digressão da conjuntura histórica da Alemanha pós-segunda guerra, percebe-se de pronto uma ânsia pela retomada dos ares democráticos de há muito dissipados pelo autoritarismo baseado em uma ordem jurídica extremamente legalista. Nessa medida, com a derrocada do poderio hitlerista, buscou-se a

reestruturação da sociedade alemã, com a implementação de um novo ordenamento jurídico desprendido do frígido e absoluto império de leis injustas.

É nesse contexto de renovação que se eleva a voz de Otto Bachof, pugnando por uma ordem jurídica na qual se inserissem, sobremodo, os valores e anseios sociais.

Nestes termos, inovando no constitucionalismo germânico, segundo o parecer de André Luiz Estrella, *online*³⁷, a virtude de Bachof:

Fora sua preocupação com que não houvessem, no corpo da Constituição, normas que conflitassem com os preceitos fundamentais de justiça lastreados pelo Direito Natural [. . .].

Foi exatamente com este pensar num Direito Constitucional que absorvesse valores insertos numa ordem supralegal, não restrita à literalidade dos preceitos normativos, que o professor Otto Bachof apresentou sua tese de "normas constitucionais inconstitucionais" na Conferência de Heidelberg, no dia 20 de julho de 1951.

Com esta tese, Bachof atentou para a possibilidade de normas constitucionais oriundas do constituinte originário conflitarem com aquilo que André Luiz Estrella, *online*³⁸, denomina de "valores essenciais de um povo", entendidos como conjunto de aspirações inerentes à plena realização de uma sociedade.

Deste modo, entende-se que, segundo o magistério de Bachof (apud BONAVIDES, 1996, p. 213) a norma constitucional deve absorver os preceitos imanentes do Direito Natural, compreendendo a Constituição sob o prisma material, como o conjunto de aspirações e valores sociais conformadores da organização estatal.

Pois bem, entendida a Constituição como instrumento de positivação de uma ordem superior, resulta da doutrina de Bachof (apud BONAVIDES, 1996, p. 214) que o

³⁷ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

³⁸ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

constituente originário encontra-se adstrito à essência dos valores imanentes à suprallegalidade.

Depreende-se da tese de Bachof (apud BONAVIDES, 1996, p. 214), outrossim, que o próprio legislador constituinte, em casos não raros, poderia macular a Constituição, criando contradições e antagonismos entre a norma, formalmente considerada, e os valores suprapositivados.

Desta feita, segundo o entendimento de Bachof (apud BONAVIDES, 1996, p. 215), concebível a existência de normas formal mas não materialmente constitucionais, ocorrido o que pode-se argüir a sua inconstitucionalidade, de maneira a se retirar do ordenamento jurídico aqueles conteúdos normativos não pertinentes à Constituição material.

Em casos tais, onde a Lei Fundamental estivesse sendo corrompida por normas infringentes de seu "espírito", surgiria o Tribunal Constitucional, que, no entender de Pogliese, *online*³⁹, deveria "protegê-la, inclusive, de normas violadoras criadas pelo poder constituinte originário".

Do exposto, perfeitamente compreensível que a teoria de Bachof da inconstitucionalidade de normas constitucionais, finca suas bases no Direito Natural, preconizando um constitucionalismo liberto do positivismo exacerbado, com a consagração e realização dos valores transcendentais do homem, devendo, deste modo, a Constituição, como instrumento legítimo e eficaz, restar plenamente alinhada com a ordem suprallegal de valores essenciais.

A contrario sensu, estar-se-ia diante de uma ordem constitucional ilegítima, donde se poderia apontar como inconstitucionais aquelas normas incompatíveis com os fundamentos de Justiça.

³⁹ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

De tal sorte que, analisando a tese do insigne jurista germânico como fenômeno histórico de uma Alemanha recém liberta dos horrores do holocausto, não há negar-se a sua relevância, sobremaneira, por concatenar-se com os anseios e aspirações de seu povo, exausto da friidez arbitrária das leis, impondo uma nova roupagem ao constitucionalismo.

Assim a Constituição passou a ser percebida como instrumento verdadeiro de resguardo dos direitos dos indivíduos, e suas normas tidas como reflexo de um universo valorativo, minimamente positivista e preocupado com os princípios fundamentais da ordem jurídica.

3.3 A inexistência de inconstitucionalidade de normas oriundas do poder constituinte originário

Observadas as linhas gerais que configuram a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais advindas do exercício do Poder Constituinte Originário, de se auscultar, doravante, sua compreensão à luz da doutrina nacional.

Neste enveredar por pensamentos díspares, onde uns se filiam à tese de Otto Bachof, alinhados à concepção jusnaturalística de um constitucionalismo de raízes suprapositivas, ao passo que outros apontam para os inconvenientes da formulação, marchando pelo caminho de uma Constituição unitária, fundamental que se direcione pelo posicionamento mais condizente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Não raros são os juristas pátrios que simpatizam com o pensamento de Bachof, reconhecendo a existência de uma ordem superior de valores, onde insertos restam os

bens e aspirações maiores da comunidade social, condicionantes, portanto, de toda a elaboração constitucional.

Nessa medida, apoiados na teoria estrangeira, preconizam a hierarquização das normas constitucionais em face da existência de normas formal e materialmente constitucionais, bem como a competência do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Lei Maior, para a análise de inconstitucionalidade de normas originariamente constitucionais.

Ademais, aqueles que pugnam pela inconstitucionalidade de normas originariamente constitucionais, preconizando a existência de uma hierarquia de supra-infra ordenação dentro do texto da Lei Maior, sustentam que as cláusulas pétreas previstas pela Constituição Federal de 1988 possuem o *status* de normas superconstitucionais, por incorporarem a essência dos valores supralegais, e deste modo, servindo de parâmetro de constitucionalidade para outras normas da Constituição.

Veja-se o que verbera Pedro Pontes de Azevedo, *online*⁴⁰, adepto de Bachof, nos escólios que seguem:

Apesar do dissenso doutrinário acerca do tema ora enfocado, há diversas emanações no sentido de acatar as teses aqui pugnadas, de modo que seja alargado o conceito de Constituição. Para isso, faz-se necessário deixar de lado o conceito estritamente formal da Carta Magna, incluindo em seu contexto preceitos supralegais, atinentes aos direitos e garantias pré-estabelecidos, em momento anterior à ordem constitucional. Além disso, defende-se a hierarquização dos mandamentos constitucionais, tomando-se por base a noção de Constituição formal e material, precipuamente no que tange às cláusulas pétreas, ou superconstitucionais, previstas em nossa Carta Política no art. 60, § 4º, I a IV. [...] Em relação à competência para exercer o controle de constitucionalidade das normas aprovadas pelo Poder Constituinte Originário, conclui-se que esta cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

⁴⁰ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

Nos termos ora aferidos, ressoa claro que o ideário de Bachof encontrou adesões no constitucionalismo pátrio, por evidenciar-se reveladora de um Direito que refoge à positividade das normas.

Nessa direção, pontifica Marcelo Weick Pogliese, *online*⁴¹:

Recordamos com Bachof que a restrição da legitimidade de uma Constituição à sua positividade, sem se preocupar com o conteúdo das normas, que é onde acaba chegando Kelsen, redundaria na igualdade entre poder e direito[. .].

Destarte, ao optar pela trilha delineada por Bachof, procurando amoldá-la ao constitucionalismo brasileiro, estes autores, dentre outros, denotam a sua nítida preferência pela estruturação hierarquizada das normas constitucionais, em menoscabo ao princípio da unidade da Constituição.

Nessa direção, estabelecem o *status* de normas hierarquicamente superiores ao que concebem como normas materialmente constitucionais. Indicam, ainda, a plena competência do STF, jurisdição constitucional máxima, para o julgamento de inconstitucionalidade daquelas normas constitucionais fruto da atuação originária do legislador constituinte.

Sem se olvidar a relevância histórica da tese preconizada em terras germânicas, trazendo a lume tema inédito na doutrina, torna-se impreterível afirmar-se que, segundo prelecionam os mais autorizados constitucionalistas pátrios e estrangeiros, a formulação de normas constitucionais inconstitucionais não se coaduna com o constitucionalismo hodierno, e, em particular, com a ordem jurídica nacional. Tal fator emerge por ser doutrina apoiada em bases incertas de uma supralegalidade indefinível, elaborada em período conturbado onde se buscava a estruturação de uma nova ordem jurídica, e que

⁴¹ Disponível em: www.jus2.uol.com.br

contrasta veementemente com os postulados da segurança jurídica e da coesão unitária das normas constitucionais.

A doutrina encontra argumentos plausíveis que rechaçam a tese de Otto Bachof, por inconciliável por completo com a feição constitucionalista nacional. Nas sempre sábias e oportunas palavras do professor Paulo Bonavides (1996, p. 215), "tanto do ponto de vista formal como material, a esdrúxula iniciativa é inaceitável e letal à ordem jurídica do país". No seu entender, a tese defendida apóia-se sobre teoria ultrapassada e vetusta, desmoronando frente empecilhos verossímeis da doutrina e da jurisprudência.

Sob a ótica dos que se posicionam contrariamente à inconstitucionalidade de normas da Constituição, dentre os quais desponta J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 268), não há de se tomar a distinção entre normas formal e materialmente constitucionais, ou a existência de normas formal mas não materialmente constitucionais, de forma a se construir uma ordem hierarquizada dentro da própria Constituição.

Nessa esteira, averba o autor português (CANOTILHO, 1999, p. 269):

A distinção entre normas formal e materialmente constitucionais não pode conduzir a uma quebra da unidade normativa da Constituição. Significa isto dizer que todas as normas da Constituição têm o mesmo valor, não tendo qualquer acolhimento uma teoria, hoje ultrapassada, de normas constitucionais inconstitucionais.

Seguindo o mesmo raciocínio, aduz o seu conterrâneo Jorge Miranda, (apud BONAVIDES, 1996, p. 219):

No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Não concordamos, pois, com Bachof quando reivindicando para toda e qualquer ordem constitucional valores supralegais, daí retira suscetibilidade de inconstitucionalidade. Ainda que aceitemos que em toda e qualquer ordem jurídica se encontram aqueles valores, nem sempre eles alcançam força suficiente para conformar a Constituição e, portanto, para determinar constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos jurídico-públicos.

De sorte tal que, todos os pontos fundamentais onde se resguarda a teoria alemã caíram diante do desenvolvimento do constitucionalismo. A concepção de que as cláusulas de inamovibilidade constituem normas superconstitucionais por refletirem a posituação dos valores imanentes ao Direito Natural não subsiste diante do princípio da unidade da Constituição, conferindo mesma dignidade a todas as normas constitucionais. Nestes termos, as cláusulas pétreas atuam tão-somente como limites à atuação do poder de reforma constitucional. Juridicamente, inexistente norma constitucional de maior ou menor graduação.

Nessa temática, a concepção de o Supremo Tribunal Federal consistir em Corte de apreciação das normas constitucionais originárias cai por terra, porque estar-se-ia erigindo-o a uma condição inimaginável de "Poder dos Poderes, acima do Executivo e do Legislativo, sobranceiro à própria Constituição [. . .]", no dizer de Bonavides (1996, p.225).

Sendo assim, a se compreender o STF como titular do Poder Constituinte Originário, exorbitados restariam os limites traçados pelo legislador constituinte, representante do único e verdadeiro titular do poder de confecção constitucional, o povo.

Lapidar, aqui, a lição preciosa de Paulo Bonavides (1996, p. 225):

A Magistratura suprema não pode, pois, ser fiscal das regras da Constituição com a faculdade de anula-las a seu livre alvedrio, sem repudiar e subverter sua base mesma de legitimidade. Transformada em primeira instância constituinte do País, ela acorrentaria aos seus pés aquilo que outrora fora a soberania do povo e da Nação.

Com supedâneo, portanto, na melhor e mais moderna doutrina constitucional e, ainda, com resguardo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme a ADIN 815-3/DF, em anexo, não resta qualquer possibilidade de o ordenamento constitucional brasileiro dar assento à tese de normas constitucionais originárias inconstitucionais.

3.4 A possibilidade de inconstitucionalidade de normas oriundas do poder constituinte derivado

Ainda que não se reconheça, no ordenamento pátrio, a inconstitucionalidade de normas constitucionais fruto da atividade legislativa do constituinte originário, está assente pela doutrina e jurisprudência nacionais a possibilidade real de contradição das normas advindas do poder de reforma constitucional com os preceitos normativos do texto originário da Lei Fundamental.

Neste exato sentido, sendo certo que o poder de reforma foi constituído pelo legislador originário com vistas à adaptação do texto constitucional à dinâmica evolução da realidade social, resta evidente que o legislador constituído não pode, modo algum, sobrepujar-se aos limites traçados para sua atuação, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade.

Veja-se o que acentua Jorge Miranda (apud BONAVIDES, 1996, p. 219), a respeito da inconstitucionalidade de emendas constitucionais:

Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição.

Verifica-se que os limites de atuação de Reforma Constitucional são textualmente previstos na Carta Política de 1988, nas disposições do art. 60, § 4º, e definidos pela doutrina como cláusulas pétreas ou cláusulas de eternidade, já que as matérias ali constantes representam preceitos intangíveis, inamovíveis, imodificáveis, pois, por qualquer proposta de Emenda da Constituição.

Desta forma, qualquer atuação do legislador constituído visando a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, e os direitos e garantias individuais, chocar-se-á frontalmente com prescrição constitucional, sendo, pois, objeto de arguição de inconstitucionalidade, ao que se pode concluir, segundo Pogliese, *online*⁴², que:

Emenda Constitucional deste tipo não se compatibiliza com o Texto Constitucional; ao contrário, foge do modelo, quebra o sistema, agride o ordenamento jurídico, compromete a harmonia, significando ato de subversão e de traição perpetrado pelo constituinte de segundo grau. Reforma não é suspensão, supressão ou destruição da Constituição. O poder de emendar, concedido ao constituinte derivado, não inclui, obviamente, a possibilidade de violar os fundamentos, subverter o espírito, solapar os princípios da Lei Maior.

Assinale-se, com fulcro na doutrina de Romoaldo Reis Goulart⁴³, que o parâmetro de confronto há de ser sempre e sempre as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da CF/88, só ocorrendo o vício da inconstitucionalidade quando houver conflito insanável entre a norma fruto da reforma constitucional e quaisquer das cláusulas de inamovibilidade. Em havendo antinomia entre a Emenda à Constituição e parte do texto da Lei Maior, que não resguardado pela prescrição da intangibilidade, resulta solucionado o choque normativo pela simples revogação tácita ou expressa do preceito dissonante com a prescrição constitucional.

Nestes termos, veja-se o que predispõe o ementário jurisprudencial do STF, nos termos da ADIN nº 939-7/DF, em anexo:

Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição.

⁴² Disponível em: www.jus2.uol.com.br

⁴³ Disponível em: Revista Justilex – Ano II – nº15

Baseando-se, pois, no opinar dos juristas nacionais, inafastável a concreta possibilidade de normas constitucionais derivadas conflitarem com as cláusulas de eternidade, e, em tal ocorrendo, admissível a sua expurgação do ordenamento jurídico, maculadas que estarão pela eiva da inconstitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Suscitou-se com o presente estudo científico a problemática de tese do professor de Heidelberg, sobre a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, relativamente à sua penetração e plausibilidade na ordem constitucional brasileira.

Envidou-se, *a priori*, por análise das normas constitucionais e sua posição nos quadrantes do universo jurídico, com o que se pôde constatar a sua bifurcação em espécies díspares, quais sejam, regras e princípios constitucionais.

Nesse ínterim, estabeleceu-se a exata distinção entre as espécies normativas, figurando as regras constitucionais como determinações de situações específicas, ao passo que os princípios atuam em diferentes níveis de concretização, constituindo o fundamento sobre o qual erigem-se as regras.

Outrossim, transpareceu lúcida a inexistência, do ponto de vista epistemológico ou jurídico, de hierarquia entre as espécies normativas, de molde que, qualquer classificação nesse sentido, há de assentar-se sob base estritamente axiológica.

No mais, resultou evidente a possibilidade prática de choque ou tensão entre os princípios constitucionais, contornável através das técnicas de concordância prática e dimensão de peso e importância.

Relativamente à interpretação constitucional, teve-se nítido configurar prática indispensável ao exato dimensionamento e compreensão do alcance e sentido das normas constitucionais, utilizando-se o intérprete de princípios de hermenêutica para que possa conceber o ordenamento jurídico-constitucional como um todo coeso e unitário.

Ademais, verificou-se que a interpretação, ao lado do tradicional método prefigurado pelo processo legislativo, configura meio idôneo à Reforma do texto da Constituição.

Relativamente aos princípios vetores da interpretação constitucional, mostrou-se de suma importância a análise depreendida acerca da unidade da Constituição, por garantir a convivência harmônica das normas, mostrando-se, ainda, como verdadeiro supedâneo a impedir, na ordem constitucional brasileira, a inconstitucionalidade de normas constitucionais.

Constatou-se, ainda, a dúplice função do princípio da proporcionalidade, atuando ora como mecanismo de salvaguarda dos direitos individuais, ora como critério de ponderação a solucionar conflitos de interesses.

Entendido o sistema jurídico segundo o critério da construção escalonada de suas normas, pôde-se observar que, em não raros casos, defrontam-se preceitos normativos, surgindo, destarte, o fenômeno da antinomia jurídica, solucionável por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

Diante da insubsistência das argumentações expendidas pela tese germânica e em face de sua incompatibilidade jurídica com a ordem constitucional brasileira, entendendo a doutrina nacional e alienígena que a proposição de Bachof não se coaduna com o constitucionalismo moderno, evidenciou-se a impossibilidade de existirem normas originariamente constitucionais inconstitucionais. A teoria de uma ordem supralegal de valores, e, por essa compreensão, a distinção entre normas constitucionais de natureza formal e material como parâmetro a definir a maior ou menor hierarquia dos preceitos normativos dentro da Constituição, esmorecem para o bem da segurança jurídica e da preservação da unidade das normas da Lei Fundamental.

O que há, em verdade, e isso restou evidente, é a concreta possibilidade de adentrarem na ordem constitucional, através de Emendas, normas que infrinjam as cláusulas pétreas constantes do art. 60, § 4º, da CF/88, e, por isso mesmo, contaminarem-se indelevelmente com a mácula da inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Unb, 1997. (Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos).

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicação, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na CF/88*. Jus Navegandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=135>. Acessado em: 21 de março de 2006.

GOULART, Romoaldo Reis. *Da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 27/2000*. Justilex, Brasília, a. 2, n. 15, p. 52-54, mar. 2003.

HORTA, José Luiz Borges. *Princípios de hermenêutica constitucional*. Disponível em: <http://www.editora.univale.br/artigos%20direito/Jos%e9%20luiz%20Borges%20Horta.doc>. Acessado em: 15 de agosto de 2006.

LIMA, George Marmelstein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. Disponível em: <http://www.georgelimahpg.ig.com.br/art8.htm>. Acessado em: 05 de março de 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

POGLIESE, Marcelo Weick. *Possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=115>. Acesso em: 18 de junho de 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_antinomias.doc. Acesso em: 17 de agosto de 2006.

ZIMMERMANN, Augusto. *Princípios fundamentais e interpretação constitucional*. Disponível em: <http://achegas.net/numero/nove/augustozimmermann09.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2006.

ANEXOS

Suprema Tribunal Federal

160

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 18.03.94
EMENTÁRIO Nº 1 7 3 7 - 02

15/12/93

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 939-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MINISTRO SYDNEY SANCHES
REQTE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO
ADVS. : BENON PEIXOTO DA SILVA E OUTRO
REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

01737020
60180000
89391000
00000140

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário.
Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar.

I.P.M.F.

Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F.

Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1º - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, "b" da Constituição);

2º - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.);

3º - a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre:

"b"): templos de qualquer culto;

"c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e

"d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L.C. nº 77/93).

Supremo Tribunal Federal

312

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 10.05.96
EMENTÁRIO Nº 1 8 2 7 - 0 2

28/03/96

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 815-3 DISTRITO
FEDERAL

RELATOR : O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES
REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

0018270200
0504000810
0510000090

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal.

- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

- Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

- Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária,

Supremo Tribunal Federal

313

ADI 815-3 DF

na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,
por unanimidade de votos, em não conhecer da ação, por
impossibilidade jurídica do pedido.

Brasília, 28 de março de 1996.

SEPÚLVEDA PERTENCE - PRESIDENTE


MOREIRA ALVES - RELATOR

Supremo Tribunal Federal

314

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 815-3 DISTRITO FEDERAL

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR):

O Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio Grande do Sul em ação direta argui a inconstitucionalidade das expressões "para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados" do parágrafo 1º e da expressão "quatro" do § 2º, ambos do artigo 45 da Constituição Federal.

Depois de sustentar, forte principalmente na tese de BACHOF e na análise de decisões judiciais alemães, que há normas Constitucionais inconstitucionais, ainda quando aquelas derivem do constituinte originário, por haver normas constitucionais - como as cláusulas pétreas - superiores a outras normas também constitucionais, salienta:

"Ora, colocadas tais premissas, afigura-se indiscutível a inconstitucionalidade das normas impugnadas na medida em que, gerando tratamento desarrazoadamente desigual em relação ao peso efetivo e ao "valor do resultado" do voto de cidadãos absolutamente iguais, ofendem, a um tempo, os princípios constitucionais - superiores, como se viu, porque consagrados em cláusulas pétreas e porque concreções positivas de direito supralegal - (a) da "igualdade" (CF/88, art. 5º), (b) da "igualdade do voto" (CF/88, art. 14), (c) do exercício, pelo povo, do poder (CF/88, art. 1º parágrafo único) e (d) da cidadania (CF/88, art. 1º, II), que se manifestam através do sufrágio, e, conseqüentemente, (d) da Democracia mesma instituída pela Constituição

0018270200
0504000810
0520000020

Supremo Tribunal Federal

ADI 815-3 DF

315

(CF/88, art. 1º). E, mais, na medida em que, discriminado desarrazoadamente o valor político de brasileiros absolutamente iguais em razão exclusivamente das regiões a que pertencem, lançam a semente da discórdia e da desigualdade desarrazoada entre essas, atingindo também, e fundamente, a própria Federação, que, como se sabe, se constrói a partir da idéia de união ("foedus") e constitui, ela também, "Princípio Fundamental" da ordem constitucional consagrado em cláusula pétrea (CF/88, art. 1º, art. 60, parágrafo 4º, I)." (fls. 23).

E, no final de sua petição, salienta para demonstrar a gravidade do tema:

"Todos sabem, é de experiência comum, que não há paz, nem concórdia, nem união verdadeiras se e enquanto fundadas na discriminação. No caso, por circunstância históricas que não cabi aqui comentar, o certo é que, como se demonstrou, e é fato notório, a discriminação... existe. Os cidadãos pertencentes aos Estados do Sul e do Sudeste, que, conforme se pode verificar pelos gráficos anexos, constituem 57,70% (cinquenta e sete vírgula sete por cento) da população do País participam na formação da riqueza nacional com 77,4% (setenta e sete vírgula quatro por cento) - quase oitenta por cento! - do PIB, contribuem, através de seus votos, para a composição de apenas... 45% (quarenta e cinco por cento) do Congresso Nacional. De outro lado, os cidadãos das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, constituindo apenas 42,3% (quarenta e dois vírgula três por cento) da população brasileira e participando com 22,6% (vinte e dois vírgula seis por cento) - menos de um quarto! - do PIB, detém na composição congressual nada menos do que... 54,3% (cinquenta e quatro vírgula três por cento)! E, como se sabe, é o Congresso Nacional, ao fim e ao cabo, que... dá o destino à riqueza nacional. Não é preciso ser sociólogo nem cientista social para compreender que esta situação de instabilidade estável não pode perdurar tranqüilamente.

Na verdade, as distorções resultantes da desigualdade desarrazoada são assustadoras e se espraiam pelas mais importantes atividades de nossas Casas Legislativas federais. Veja-se, por exemplo, um entre muitíssimos exemplos, a Comissão Mista de Planos Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, competente para analisar e dar parecer sobre a proposta orçamentária da União: enquanto dela participam nada menos do que oitenta e um parlamentares oriundos das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (22,6% do PIB!) atribuem-se ao Sul e

Supremo Tribunal Federal

316

ADI 815-3 DF

Sudeste (77,4% do PIB!) apenas... trinta e nove participantes (cf. gráficos anexos)! E, da mesma forma, a não menos importantíssima Comissão Mista criada para avaliar exatamente os desequilíbrios regionais: integram-a nada menos do que vinte parlamentares do Norte/Nordeste/Centro-Oeste e apenas seis (repita-se: seis... menos de um quarto do total! do Sul/Sudeste. E conforme se pode verificar nos gráficos anexos, as distorções sucedem-se de todas as formas e, como não poderia deixar de ser, repercutem diretamente inclusive na destinação dos investimentos públicos, fato também verificável nos documentos anexos.

Ora, a Nação, que resultou do esforço comum, não pode, à evidência, contentar-se tranquilamente em assim permanecer. Porque, como se disse, discriminado algum, exceto o desfibrado moral, e a Nação não o é, se conforma com a discriminação. Tanto mais quando, como no caso, e paradoxalmente, numa situação digna da dramaturgia de Ionesco, o "discriminado" é nada mais nada menos do que... a maioria, a aplastante maioria, do povo brasileiro, responsável, repita-se sempre, pela produção de quase oitenta por cento da riqueza nacional. Não pode haver, portanto, situação mais grave. Grave não só pela desarrazoada cisão que provoca entre brasileiros absolutamente iguais como, principalmente, pelo potencial de intranquilidade, de consequências ainda inavaliáveis de todo, suscetível de entre eles gerar, o que, como é óbvio, impõe ao detentor de qualquer parcela de poder público não só o direito como, principalmente, muito principalmente, o dever de exaurir esforço na extirpação do vício para reinstaurar o encontro da Nação consigo mesma. E desta responsabilidade histórica o Autor tem o dever de não fugir." (fls. 32/34).

Solicitadas informações, o Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional as prestou, limitando-se a historiar as etapas do processo legislativo que deram origem ao dispositivo constitucional que encerra as expressões impugnadas.

A fls. 294/304, a Advocacia-Geral da União defende a constitucionalidade das expressões atacadas nesta ação direta. Sustenta a impossibilidade jurídica do pedido, razão para não ser ele conhecido, e isso porque, em nosso sistema constitucional, não há lugar para agasalhar a tese do autor, por serem todas as normas constitucionais da mesma

*Supremo Tribunal Federal*ADI 815-3 DF

317

hierarquia, inclusive as que encerram cláusulas péticas que não podem ser suprimidas por emenda à Constituição. Ademais, alega que, no mérito, não existe sequer o conflito de normas pretendido pelo autor da ação.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, aprovado pelo eminente Procurador-Geral da República, assim se manifesta, a fls. 307/311:

"O Governador do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 103, V, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade das expressões "para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados", e da palavra "quatro", constantes respectivamente dos §§ 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal.

Sustenta o Autor, em resumo, que:

a) seja qual for a população ou o número de eleitores, os Estados e o Distrito Federal terão sempre assegurados o mínimo de oito e o máximo de setenta e os Territórios o número fixo de quatro representantes na Câmara dos Deputados, de forma que o voto de um eleitor em uma grande unidade federativa vale muito menos do que o de um pequeno Estado, o que contraria o princípio da isonomia (CF/88, art. 5º c/c o art. 60, § 4º, IV) e a cláusula "voto com valor igual para todos", constante do art. 14, caput, da Lei Fundamental;

b) os preceitos constitucionais apresentam hierarquia entre si, de modo que as normas inferiores, apenas formalmente constitucionais, não podem afrontar as superiores em que se assenta a ordem constitucional, sob pena de inconstitucionalidade;

c) em nossa ordem constitucional, colocam-se entre os princípios superiores não somente o da "igualdade de todos perante a lei", como também o da "igualdade do voto", que dele deriva, por constituírem cláusulas péticas, intangíveis ao próprio poder revisional;

Supremo Tribunal Federal

ADI 815-3 DF

318

Jef

d) tendo o constituinte erigido a "igualdade como regra absolutamente intangível ao poder de reforma, não poderia validamente estabelecer norma, em outra passagem, que constitua a sua mais absoluta negação;

e) configura-se a inconstitucionalidade na desproporção, na irrazoabilidade da desigualação, ao atribuir-se a determinada região quatro ou oito deputados federais cujo somatório individual de votos não seja capaz, por exemplo, de eleger sequer um suplente de vereador, o que ocorreu em virtude do fracionamento de alguns Estados ou transformações de Territórios, criando-se Estados com escassa população, desequilibrando desarrazoadamente a equação da igualdade política, e atingindo, conseqüentemente, princípios básicos da ordem constitucional;

Nas informações, a presidência do Senado Federal sustenta que, na fase de elaboração da Constituição Federal de 1988, foram criados nove Comissões e vinte e quatro subcomissões, visando à racionalização, equacionamento e maior objetividade dos trabalhos constitucionais, tendo as disposições constitucionais impugnadas passado pelo crivo da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de governo, Subcomissão do Poder Legislativo, Comissão Temática e Comissão de Sistematização, recebendo diversas emendas, e, a partir do Projeto final, a redação do dispositivo manteve-se a mesma até a promulgação da Constituição Federal.

Em cumprimento ao art. 103, § 3º da Constituição Federal, o Advogado-Geral da União defende a constitucionalidade das normas impugnadas, argumentando:

a) a tese defendida pelo Autor sobre a possibilidade de existência de disposições inconstitucionais diante de normas tidas como de hierarquia superior não é aceitável;

b) na Constituição de 1988 existe apenas a proibição de que determinadas matérias, entendidas como fundamentais, possam ser objeto de deliberação para fins de emenda à Constituição, tendo, entretanto, do ponto de vista formal, todas as normas

Supremo Tribunal Federal

ADI 815-3 DF

319

constitucionais a mesma hierarquia;

c) os precedentes do Supremo Tribunal Federal estão orientados no sentido de que a disposição do § 1º do art. 45 não é auto-aplicável, antes depende de integração legislativa, via lei complementar (ADIn n. 267-8, Mandado de Injunção n. 219-3, Reclamação 348-5), não tendo a Corte, em qualquer momento, feito menção à possibilidade de que esse dispositivo se chocasse com outro dispositivo ou princípio constitucional.

Com vista sucessiva dos autos, (fls. 305), passa a Procuradoria-Geral da República a pronunciar-se sobre a controvérsia.

- II -

A tese sustentada pelo Autor, com base em importante corrente doutrinária liderada por Otto Bachof, defende a possibilidade de normas originalmente contidos no texto constitucional, mas de significado secundário, serem materialmente inconstitucionais, por violarem preceito material fundamental da Constituição.

Entretanto, como assinala J. J. Gomes Canotilho, "a distinção entre normas material e formalmente constitucionais e normas formal mas não materialmente constitucionais, mesmo a admitir-se (para, por ex., distinguir o objeto de vários ramos do direito público), não pode conduzir a uma quebra da unidade normativa da constituição. Significa isto dizer que todas as normas da constituição têm o mesmo valor, daí derivando ser insustentável a tentativa de supra e infra-ordenação de normas constitucionais, quer para distinguir entre "normas constitucionais fortes" e "normas constitucionais fracas" (Munz), quer para alicerçar a doutrina de normas constitucionais inconstitucionais (Bachof)". E continuando, a respeito da unidade da constituição aponta que "o princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais)" (Direito Constitucional, 4ª ed., p. 69).

Também Jorge Miranda considera que no interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não podem surgir normas inconstitucionais. "Pode

Supremo Tribunal Federal

320

ADI 815-3 DF

normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição" (Manual de Direito Constitucional. Tomo II, 2ª ed., p. 291).

Assim, como assevera Francisco Campos, tendo todas as normas a mesma natureza, terão, igualmente, a mesma força, que lhes provêm não de sua matéria, mas do caráter do instrumento a que aderem, não se podendo distingui-las em essenciais ou substanciais (imperativas) e acessórias ou de mera conveniência (diretórias) "Admitir o contrário seria inverter as relações existentes nos regimes como o nosso, entre a legislatura e a Constituição; de subalterna ou subordinada ao instrumento constitucional, a legislatura, pela faculdade que se lhe reconhecesse de distinguir as cláusulas constitucionais em substanciais e acessórias, acabaria por se sobrepor à Constituição, passando a definir o que fosse uma cláusula constitucional em cada caso concreto e segundo razões de mera conveniência" (Direito constitucional, 1ª vol., p. 392).

É irrelevante, portanto, ao controle de constitucionalidade, a distinção entre normas forma e materialmente constitucionais, por possuírem o mesmo valor, a mesma força, não se podendo, desse modo, sustentar a existência de normas constitucionais inconstitucionais. Mesmo as cláusulas pétreas, refletem apenas uma opção do legislador constituinte em impedir que possam ser alteradas por via de emenda à Constituição, não traduzindo, entretanto, tal opção, a existência de normas hierarquicamente superiores.

- III -

Em face do exposto, o parecer, em conclusão, é no sentido de que não seja conhecida a presente ação direta de inconstitucionalidade."

É o relatório, do qual a Secretaria deverá encaminhar cópia aos Srs. Ministros.

Brasília, 23 de fevereiro de 1996.

Supremo Tribunal Federal

321

28/03/96

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 815-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR):

1. Correto o parecer da Procuradoria-Geral da República.

Não sustenta o autor que as expressões impugnadas nos §§ 1º e 2º do artigo 45 da Constituição sejam violadoras de direito suprapositivo não incorporado à Constituição pelo constituinte originário - posição mais extremada dos que admitem a possibilidade da inconstitucionalidade das leis constitucionais originárias por estar o constituinte originário subordinado à observância desse direito suprapositivo que, em última análise, se confunde com o direito natural -, mas, sim, que elas violam as normas de grau superior da própria Constituição ou as que incorporaram esse direito suprapositivo, e que, portanto, são também normas superiores às demais, dando sua violação por estas margem à declaração de inconstitucionalidade. Daí alegar o autor que as expressões atacadas

"ofendem, a um tempo, os princípios constitucionais - superiores, como se viu, porque consagrados em cláusulas pétreas e porque concreções positivas de direito supralegal - (a) da "igualdade" (CF/88, art. 5º), (b) da "igualdade do voto" (CF/88, art. 14), (c) do exercício, pelo povo, do poder (CF/88, art. 1º parágrafo único) e (d) da cidadania (CF/88, art. 1º, II), que se manifestam através do sufrágio, e, consequentemente, (d) da Democracia mesma instituída pela Constituição (CF/88, art. 1º). E, mais, na medida em que, discriminado

ADI 815-3 DF

desarrazoadamente o valor político de brasileiros absolutamente iguais em razão exclusivamente das regiões a que pertencem, lançam a semente da discórdia e da desigualdade desarrazoada entre essas, atingindo também, e fundamente, a própria Federação, que, como se sabe, se constrói a partir da idéia de união ("foedus") e constitui, ela também, "Princípio Fundamental" da ordem constitucional consagrado em cláusula pétreia (CF/88, art. 1º, art. 60, parágrafo 4º, I)." (fls. 23).

Essa tese - a de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras - se me afigura impossível com o sistema de Constituição rígida, como bem observou FRANCISCO CAMPOS (Direito Constitucional, I, p. 392, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro/São Paulo, 1956) ao acentuar que "repugna, absolutamente, ao regime de constituição escrita ou rígida a distinção entre leis constitucionais em sentido material e formal; em tal regime, são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da Constituição, seja qual foi o seu conteúdo ou natureza". E repugna, porque todas as normas constitucionais originárias retiram sua validade do Poder Constituinte originário e não das normas que, também integrantes da mesma Constituição, tornariam direito positivo o direito suprapositivo que o constituinte originário integrou à Constituição ao lado das demais e sem fazer qualquer distinção entre estas e aquelas. É o que, com outras palavras, salienta JORGE MIRANDA (Manual de Direito Constitucional, II, nº 72, pág. 291, 2ª ed. revista, Coimbra Editora, Limitada, 1983):

"No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base

ADI 815-3 DF

na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede. Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição."

Por isso mesmo, nossas Constituições republicanas - inclusive a atual - não mais contêm princípio distintivo que se assemelhe ao constante na Constituição imperial de 1824, que, em seu artigo 178, preceituava:

"Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais do Cidadão. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias".

Ao contrário, delas resulta a estrita observância do princípio da unidade da Constituição. Assim, na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, caput), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Ademais, essa função de guardião da Carta Magna Federal que é expressamente conferida ao Supremo Tribunal Federal ele a exerce por meio da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e no controle concentrado. Ora, como reconhece BACHOF (Normas

Supremo Tribunal Federal

324

ADI 815-3 DF

Constitucionais Inconstitucionais?, trad. CARDOSO DA COSTA, págs. 62/63, Atlântida Editora, Coimbra, 1977), "se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural", o que, em última análise, implica dizer que ela é inválida, não por violar a "norma da Constituição positivadora de direito supralegal", mas, sim, por não ter o constituinte originário se submetido a esse direito suprapositivo que lhe impõe limites. Essa violação não importa questão de inconstitucionalidade, mas questão de ilegitimidade da Constituição no tocante a esse dispositivo, e para resolvê-la não tem o Supremo Tribunal Federal - ainda quando se admita a existência desse direito suprapositivo - competência. A propósito, bem acentua JORGE MIRANDA (ob. cit., II, nº 72, p. 290):

"... não cremos que, a dar-se qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, estejamos diante de uma questão de inconstitucionalidade, mas sim diante de uma questão que a ultrapassa, para ter de ser encarada e solucionada em plano diverso - no da Constituição material que é adotada ou no do tipo constitucional ao qual pertence. No extremo, poderá haver invalidade ou ilegitimidade da Constituição. O que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas".

Ademais, o próprio BACHOF (ob. cit., págs. 54 e segs.), que distingue a inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição com normas constitucionais de grau superior da inconstitucionalidade das normas constitucionais por "infração de direito supralegal positivado na lei constitucional", reconhece que, quanto à primeira dessas duas hipóteses, o constituinte originário, por não estar

ADI 815-3 DF

vinculado, ao direito suprapositivo, inexistente no caso, tem liberdade para determinar quais sejam essas normas constitucionais de grau superior, podendo, igualmente, estabelecer exceções a elas, no próprio dispositivo que as encerra ou em outro, salvo se essas exceções forem arbitrárias.

Portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal, como já se salientou, jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte originário, não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhes pareçam desarrazoadas ou arbitrárias, para declarar estas inconstitucionais. E isso sem considerar que a restrição admitida por BACHOF é incongruente, pois quem é livre para fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções.

Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Como observa GILMAR FERREIRA MENDES (Jurisdição Constitucional, pág. 120, Editora Saraiva, São Paulo, 1996), a admissão dessas cláusulas decorrem de concepção que foi desenvolvida por CARL SCHMITT na vigência da Constituição de Weimar e que não se coaduna com a aceitação da tese da hierarquia entre normas constitucionais: "as emendas constitucionais haveriam de pressupor uma Constituição e seriam válidas em virtude desta Constituição" e, portanto, "nesse

ADI 915-3 DF

sentido, uma mudança da Constituição seria apenas possível se preservasse a identidade e a continuidade do texto constitucional como um todo". Daí, acentuar SCHMITT (Teoría de la Constitución, págs. 122/123, Editora Nacional, México D.F., 1966):

"Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional";

para, mais adiante, tirar esta conclusão:

"Si por una expresa prescripción legal-constitucional se prohíbe una cierta reforma de la Constitución, esto no es más que confirmar tal diferencia entre revisión y supresión de la Constitución"

Por isso, não se limitam as cláusulas pétreas a princípios que poderiam decorrer do direito suprapositivo ou supralegal a que estaria sujeito o constituinte originário, direito esse caracterizado por BACHOF (Ob. cit., pág. 80) como direito natural, "não no sentido de princípios regulativos, mas no de normas de conduta imediatamente jurídico-vinculativas" encerrando "aquele mínimo sem o qual uma ordem já não mereceria a qualificação de ordem jurídica". Assim, por exemplo, a forma federativa de Estado - uma de nossas cláusulas pétreas atuais - nada tem que ver com esse mínimo.

Não podendo, pois, o Supremo Tribunal, em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, fiscalizar o Poder Constituinte originário, quer em face do direito suprapositivo não positivado na Constituição, quer diante do direito suprapositivo positivado na Carta Magna, quer

ADI 815-3 DF

com base em normas constitucionais que seriam de grau superior ao das demais, não pode ele, com base no princípio da igualdade (que a própria Constituição limita, como se vê, por exemplo, do disposto no artigo 5º, I) e de seus consectários segundo os termos da inicial, conhecer da presente ação direta, por impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, o de declarar a alegada inconstitucionalidade parcial dos §§ 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal, que dizem respeito ao sistema representativo que é disciplinado nos termos da Carta Magna, como está determinado no parágrafo único do artigo 1º, que traduz o fundamento mesmo da democracia: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição".

2. Em face do exposto, e acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, não conheço da presente ação, por impossibilidade jurídica do pedido.



Supremo Tribunal Federal

328

PLENARIOEXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 815-3
ORIGEM : RIO GRANDE DO SUL
RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES
REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVS. : GABRIEL PAULI FADEL E OUTRO
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

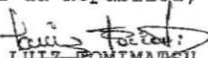
Decisão: Por votação unânime, o Tribunal não conheceu da ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Néri da Silveira e Francisco Rezek. Plenário, 28.03.96.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Néri da Silveira e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

0018270200
0504000810
0540000000


LUIZ POMIMAPSU
Secretário