

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na Internet
www.jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/Pr: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê –
Fone: (041) 352-1200 – Fax: 252-1311 - CEP: 80035-000
São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó
Fone/Fax: (011) 878-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454 Curitiba: Juruá, n. 1, 1999.
200 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito
constitucional – Periódicos. I. Título.

00351

CDD 342
CDU 342.951

Teoria das Normas Constitucionais ‘Inconstitucionais:

***Pressupostos, Repercussões e Inexeqüibilidade
no Direito Brasileiro.***

Dimas Salustiano da Silva¹

Sumário: *Resumo; I. A pré-compreensão do problema teórico; II. A Doutrina das “Normas Constitucionais Inconstitucionais”; III. A contra doutrina das “Normas Constitucionais Inconstitucionais”; IV. Repercussões da Doutrina no Brasil; V. Exceções possíveis no Sistema Constitucional Brasileiro; VI. À guisa da conclusão.*

RESUMO

Pretende-se proceder a uma crítica da teoria das chamadas “normas constitucionais inconstitucionais”, a qual parte de uma construção doutrinária com base no pressuposto de haver uma contradição intransponível entre normas constitucionais originárias e normas de direito suprapositivo. A partir da noção de pré-compreensão, pricipiou-se por explicitar os motivos e circunstâncias determinantes que a originaram. Procura-se demonstrar ainda, os contornos teóricos e os pressupostos sob os quais foram erigidos essa importante doutrina alemã de Otto BACHOF. Por

¹ Advogado, Assessor Jurídico do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Curitiba, Professor de Direito Constitucional da UEMA, Mestre em Direito do Estado pela UFPR e Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP.

outro lado, foram demonstrados os argumentos da corrente teórica que estabelece uma disputabilidade conceitual com a teoria ora apreciada. Avalia-se as repercussões que tal polêmica tem provocado no Brasil entre juristas pátrios e constitucionalistas estrangeiros, sua aceitação em solitário aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E por fim, sustenta-se sua inexequibilidade no Brasil.

I. A pré-compreensão do problema teórico

Há de se proceder uma investigação tendo por base as exigências do mundo contemporâneo. Estas na contemporaneidade, têm direcionado a humanidade para uma compreensão da Democracia enquanto um valor de dimensão universal. De olhos postos, portanto, na realidade circundante avaliamos criticamente uma corrente doutrinária no terreno da teoria do Direito Constitucional que tem por paradigmático o pensamento do jurista germânico OTTO BACHOF, expresso em suas linhas mestras na conferência - que serviu de aula inaugural - proferida em Heidelberg em 20 de julho de 1951.²

A opção aqui tomada, foi por delinear uma pré-compreensão relativa ao tema, para só então penetrar nos domínios propriamente doutrinários da problemática. Justifica-se, longe de desejar o encontro de uma teoria "melhor" ou "verdadeira", trata-se de relativizar construções teóricas enquanto meros padrões de explicação - aproveitáveis, ou não - sempre nos quadrantes de uma realidade específica, o que implica necessariamente em entender sob que circunstâncias e sob quais referenciais argumentativos foram construídas.³

² BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977,

³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982, p.11. Nos proporciona um

Ademais, como já enuncia WARAT ao tratar da semiologia política, linguagem e direito: "A ciência é um processo cumulativo de discursos e significações. Toda pesquisa implica em uma seleção arbitrária e fragmentada de informações. O que equivale a dizer que nenhum tema pode ser esgotado".⁴ Desse modo, como o próprio título do texto já permite entrever, partimos da teoria para chegar a algumas implicações práticas no campo do Direito Constitucional.

Tratar da doutrina das denominadas "normas constitucionais inconstitucionais", nos remete, em última análise, a dialogar teoricamente com conceitos basilares do Direito Constitucional. Por isso mesmo, deixamos de abordar isoladamente, cada noção envolvida, preferindo tratá-las na globalidade e a cada instante que o discurso teórico exige, como é o caso, *verbi gratia* da: "natureza do poder constituinte", "controle de constitucionalidade", "Justiça constitucional", "sistema jurídico e antinomias" e de um certo modo, do próprio conceito de "Constituição".

O cenário que possibilitou o surgimento da teoria, ora em estudo, nos remete necessariamente, ao pós segunda guerra mundial, com isso a uma Alemanha derrotada, com seu território compulsoriamente dividido, submetida ao direito de ocupação dos aliados (Estados Unidos da América, Inglaterra e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas). Sendo que na República Federal da Alemanha, mediante sua Lei Fundamental buscava-se "refundar" um Estado Democrático e Socialde-Direito, sob os escombros do nazismo. Enfim, diz respeito a uma realidade, que compreende um período de transição do autoritarismo

melhor entendimento sobre a procedência de uma pré-compreensão em relação a certo tema, "o desejo de conferir à investigação uma 'posicionalidade' constitucional autônoma e de não a onerar com discussões laterais (embora importantes) justifica também a opção por uma 'tematização' prévia das 'pré-compreensões' subjacentes ao 'compreender constitucional' de *per si*."

⁴ LUIS ALBERTO WARAT, em **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.07. O autor logo na nota prévia do seu trabalho, nos oferece essa advertência quanto aos limites de um trabalho científico.

nacional-socialista para um regime de um Estado Democrático de direito, agravado pelas seqüelas de uma guerra como a de 1939-1945.

O próprio BACHOF, diante das exigências daquele momento, alerta que os juristas nessas circunstâncias são desafiados pelo problema da "superação do passado", e assim então, o problema das "normas constitucionais inconstitucionais" adquire proeminência na medida que "Antigos regimes contrários ao Estado-de-direito são substituídos por regimes de Estado-de-direito."⁵

Ao pensamento do publicista tedesco, subjaz a tese da admissão de limites suprapositivos a uma Constituição, e como corolário desta, ao próprio poder constituinte que a criou. Na verdade àquela época, onde uma nação experimentava a ruptura com um regime ditatorial e ao mesmo tempo almejava estabelecer um Estado democrático e de direito, punha-se em marcha um vigoroso movimento jurídico, detentor de um discurso jusnaturalístico mais sofisticado, em oposição a um positivismo fechado em premissas lógico-formais dotado de uma pretensa pureza teórica.

O eminente professor de Tübingen também juiz do Tribunal Constitucional do Baden-Württemberg, fala como jurista e juiz, e é precisamente a partir desse lugar ambivalente que também deve ser lido e interpretado, haja vista que as diferenças com o legislador constituinte ou constituído, em vários momentos de sua monografia, se transformam em verdadeiros antagonismos, servindo como pano de fundo para uma oposição fundamental, existente entre o poder constituinte e a Justiça constitucional.

II. A Doutrina das "Normas Constitucionais Inconstitucionais"

Uma idéia perpassa todo o arcabouço doutrinário ora em apreciação. Referimo-nos ao esforço de juristas e mesmo tribunais germânicos no estabelecimento de limites quanto a atuação do po-

⁵ OTTO BACHOF .ob. Cit. pp. 02-03.

der estatal. Especificamente no que concerne à doutrina das "normas constitucionais inconstitucionais", seu precursor toma como ponto de partida a existência de um consenso social acerca pelo menos dos postulados fundamentais de justiça, que poderiam ser objetivados nos seguintes: " Respeito e proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objeto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio."⁶

Como mencionado anteriormente, é necessário combater o discurso jurídico-positivista da Escola de Viena capitaneada por HANS KELSEN, com um contra-discurso privilegiador dos princípios jurídicos fundamentais, sob o qual ressurgem em bases mais sofisticadas o espectro do Direito Natural. Como KARL LOEWENSTEIN revela, no fundo, trata-se de promover intransigentemente a defesa dos direitos fundamentais do homem, como deixa ver na assertiva:

*"En el fondo, de lo que se trata es de si Los derechos fundamentales - o, mejor, Los derechos del hombre - son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados e determinados en su ámbito de aplicación. Aquí está, evidentemente, el problema cardinal de los derechos fundamentales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional."*⁷

⁶ Idem p. 02. Cf. Adiante, confirma essa opinião quanto ao caráter de objetividade do direito supralegal, p. 43

⁷ KARL LOEWENSTEIN, em *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editora Ariel, 1983, p.193. É perfeitamente possível para o autor, a existência de normas constitucionais inconstitucionais, cita exemplo em caso exemplo por ele próprio construído da ofensa por dispositivo do princípio da igualdade. Distingue o problema das exceções desejadas pelo constituinte no interior da própria textura constitucional, da ofensa aos direitos fundamentais que

É de bom alvitre salientar que a concepção de direito natural, admitida nesta doutrina, é diversa da professada por um jusnaturalismo tradicional. Para BACHOF o "direito supralegal" ou o "direito natural" deve ser entendido "Não no sentido de princípios regulativos, mas no de normas de conduta imediatamente jurídico-vinculativas é só aquele mínimo sem o qual uma ordem já não mereceria a qualificação de ordem jurídica".⁸

O problema levantado por essa doutrina das "normas constitucionais inconstitucionais" não se reconduzem, por paradoxal que seja, pelo menos é o que parece querer demonstrar BACHOF, ao conceito jurídico estrito de inconstitucionalidade, tanto é que, ao longo de toda sua monografia, se reporta igualmente para designar essas normas em contradição ao direito supralegal no seio da mesma constituição, como "normas constitucionais inválidas."⁹

As contradições normativas podem ser encontradas no interior de um mesmo sistema, daí porque intra sistemáticas ou iminentes e em sentido diverso destas podem ser analisadas sob critérios transcendentais¹⁰, que acarretam conflitos no plano intersistemático. Para MARCELO NEVES "A inconstitucionalidade, po-

de tal ordem em contradição com o princípio da igualdade por exemplo, que mereceriam *prima facie* a caracterização como anticonstitucional.

⁸ BACHOF ob. cit, p.80.

⁹ Idem. p. 14 No instante que chama atenção para o problema e sua pertinência "Na medida em que isso não couber no conceito de inconstitucionalidade - inválida por infração de direito supralegal" Mais na frente, ao tocar na questão de fundo p. 40 e nas diferentes possibilidades de ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais pp. 48 e segts.

¹⁰ Cf KARL ENGLISCH em **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 268. As contradições transcendentais seriam para este autor: "Contradições do Direito positivamente dado com princípios que, na verdade, podem ser directrizes e critérios para a modelação e apreciação do direito positivo, mas que em si são transcendentais ao mesmo direito positivo : tais os princípios supremos da justiça, do bem comum, da razão de Estado, da segurança jurídica, do "Direito Natural", do "Direito Justo", da "moralidade" e da "consciência" - ou como quer que se chamem.

*rém, é um problema de relação intrasistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais. Não se confunde com o problema da injustiça ou ilegitimidade social."*¹¹

Para concluir, a moldura teórica das assim chamadas "normas constitucionais inconstitucionais", não obstante tenha BACHOF procedido a um levantamento das diferentes possibilidades de ocorrência que beira o preciosismo, perfeitamente compreensível, pois seu intento era firmar a tese da possibilidade de tais normas contra os que na disputabilidade intersubjetiva esgrimavam com argumentos contrários de uma "impossibilidade lógica", podem ser indicadas as que **violam a Constituição escrita**: (i) inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; (ii) inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; (iii) inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; (iv) inconstitucionalidade resultante da "mudança de natureza" de normas constitucionais. Cessação da vigência sem disposição expressa, e; (v) inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional. Ainda há as que **violam direito constitucional não escrito** : (i) inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; (ii) inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário, e; (iii) inconstitucionalidade (invalidade) por infração de direito supralegal não positivado. Além, destas, outras deixa em aberto (Quanto a estas, cita os casos das normas concretizadas, produzidas por via legislativa ordinária, dos princípios consti-

¹¹ MARCELO NEVES em **Teoria de inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. pp.69-70. Para este autor, a questão de uma norma ser justa, em nada a relaciona com a noção de inconstitucionalidade. Contudo, "Só na medida em que o 'Direito supralegal' tenha sido positivado na Constituição, é possível afirmar, com Bachof que 'uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será...simultaneamente contrária ao natural e inconstitucional', coincidindo, portanto, a injustiça e a inconstitucionalidade da lei.

tucionais fundamentais, em que medida, integrariam a ordem constitucional em sentido amplo e que espécie de relação teriam com as, na designação do autor, normas constitucionais **apenas formais**).

Apesar disso, há quem sintetize as hipóteses antes levantadas, em apenas três, quais sejam, contradição com normas constitucionais de grau superior, infração de direito supralegal positivado na lei constitucional e infração de direito supralegal não positivado¹², das quais BACHOF, não encontra ocorrência de inconstitucionalidade no primeiro caso, admite com segurança no segundo e no último o faz igualmente, mas com dúvidas.¹³

Enfim, a admissibilidade de "normas constitucionais inconstitucionais", é perfeitamente possível desde que (i) seja reconhecido um poder transcendente e vinculativo ao próprio poder constituinte (seria o reconhecimento de uma constituição não escrita em posição de superioridade ante a constituição escrita), ou em outra situação diferentemente desta,¹⁴ (ii) que no interior de uma constituição escrita exista uma hierarquização entre suas normas (o que implica reconhecer a possibilidade de ocorrência de contradição entre duas normas constitucionais escritas originariamente no mesmo texto).¹⁵

¹² Cf. neste mesmo sentido JORGE MIRANDA em **Manual de Direito Constitucional**. tomo II, Constituição e Inconstitucionalidade, 3a ed., Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991. pp. 316-317

¹³ BACHOF ob cit. p.67. Entre nós Cf. GILMAR FERREIRA MENDES em **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990. pp. 95 e segts.

¹⁴ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO em **Direito Constitucional**. 5ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 1991. p.197 " Nessa perspectiva é perfeitamente admissível, sob o ponto de vista teórico, contradições transcendentais (valores, diretrizes ou critérios que servem para modelação do direito positivo, surgindo assim a idéia de constitucionalidade da Constituição e como corolário desta, o da jurisdição constitucional competente); VITAL MOREIRA em **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979. p. 142 o autor admite a teoria em dois casos em nota de rodapé nº 13.

¹⁵ VITAL MOREIRA. ob. cit. p. 142 admite a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais nos casos em que "disposições da constituição econômica diretiva estabelecem objectivos ou se propõem resultados que ultrapassam os

As bases teóricas disseminadas a partir da célebre conferência de Hildelberg de 1951, provocou um vivo debate na doutrina constitucional tedesca, tendo recebido contundentemente a oposição de APELT, mas também se fez repercutir com um certo acolhimento nas decisões jurisprudenciais, mormente do Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) da Baviera, que em aresto de 24/04/1950 decidiu

"A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está *a priori* e por definição excluída pelo facto de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas... Se o art. 184 da Constituição tivesse o sentido de colocar o legislador, no tocante às medidas a tomar por este relativamente aos grupos de pessoas aí designados, duradouramente fora da Constituição e do direito, seria nulo, por infração da própria idéia de direito, do princípio do estado-de-direito, do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana."¹⁶

Porém, como admite o próprio BACHOF seu pensamento é de pertinência muito menor, ou "se põe menos em períodos de uma vida constitucional normal do que em períodos de uma mudança política radical", foi de maneira emblemática que decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), por reconhecer "a existência de direito 'suprapositivo', obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os

limites impostos pela constituição económica estatutária" caso que segundo esse mesmo autor, corresponderia a última hipótese supra ventilada. Entrementes, ressalva que o problema verdadeiramente não chega a sê-lo, pois, ter-se-ia em verdade norma com uma ineficácia material absoluta.

¹⁶ Cf BACHOF ob. cit. pp.23 e segts.

postulados fundamentais da justiça...também declarou que a probabilidade de um legislador democrático e livre ultrapassar alguns estes limites é tão pequena que a possibilidade teórica de ocorrerem num Estado-de-direito normas constitucionais originárias inconstitucionais quase equivale a uma impossibilidade prática (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht I, 18; 3,225*)."¹⁷

III. A contra doutrina das “Normas Constitucionais Inconstitucionais”

Se a idéia de completude de um sistema normativo pode nos conduzir ao problema das lacunas e omissões no interior desse mesmo sistema, é certo também que a noção de unidade do ordenamento ou de um sistema jurídico nos remete ao problema dos limites materiais e formais deste, como de algum modo com possíveis contradições, ou pelo menos aparentes antinomias, que podem apresentar-se "como erros ou incorreções, se bem que nem toda incorreção precise de ser inversamente uma contradição."¹⁸

As constituições modernas enquanto sistemas normativos, deixaram de ser encaradas como documentos sacralizados pelos quais devia ser mantida quase que uma adoração religiosa. Cai dessa maneira em desuso designação do tipo "Carta Magna". Tampouco incorporaram o estigma de uma "folha de papel", documento formal desprezível, porque dissonante com a realidade, destituída

¹⁷ Idem pp. 03-04. Entre nós PAULO BONAVIDES em *Constituição Aberta : Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1993, p.283. Cf. ainda JORGE MIRANDA. ob. cit, p. 320 nota (2) , no acórdão nº 480/90 o Tribunal Constitucional de Portugal teria tomado posição em recurso, porque mesmo considerando na espécie não haver contradição entre os artigos 13 e 57 da Constituição portuguesa, reconheceu implicitamente o poder de apreciação da constitucionalidade de normas constitucionais, quando o legislador constituinte originário infringisse uma axiologia suprapositiva e inscrevesse no texto constitucional normas que fossem não direito.

¹⁸ KARL ENGLISCH, ob. Cit, p. 253.

de sentido jurídico em razão de uma maior prevalência da política, por esse viés é também insubsistente serem denominadas de "Carta Política". Contemporaneamente os textos constitucionais exprimem prevalentemente muito mais um sentido compromissório¹⁹, passaram a condição de Estatuto fundamental de um compromisso, liame jurídico entre os mais variados grupos organizados de uma sociedade que participaram de sua feitura.

Resta uma negação, tanto a práticas que nutriam um sentimento romântico, quanto aquelas de sentido estritamente lógico-formal em relação ao texto de uma Constituição, mormente se esta é de cariz democrático, vez que no seu conteúdo restam plasmados compromissos, construídos nos jogos da política e do poder. É o resultado tênue de um processo intrincado, limite que conforma e é dialeticamente conformado pela sociedade, que numa última palavra, o criou, engendrado sob expectativas de permanência. É um texto vivo, e como tal, suscetível de mudanças de tempos em tempos, não podemos "considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até anta-

¹⁹ KARL LOEWENSTEIN, ob.cit. p.199 de onde se extrai: "*Toda constitución escrita, como toda obra humana, no solamente es en si incompleta, sino que aquí la deficiencia es mayor, ya que cada constitución nos es más que un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación.*" JORGE MIRANDA. em *Manual...* ob. cit. p.321. "acresce o carácter compromissório de muitas Constituições (como a portuguesa), de tal sorte que o eventual somatório de princípios e normas de matriz diferente ou de sentido discrepante tem de se entender como expressão real da vontade constituinte. Entre nós no mesmo sentido CLÉMERTON MERLIN CLÈVE em **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória**. in: anais do Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro: Instituto dos advogados Brasileiros/COAD-ADV, 1994. p. 47 "já foi dito que a Constituição brasileira é compromissória. Por isso que condessa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração."

gônicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente de idéias subjacentes ao pacto fundador."²⁰

Estamos, portanto, diante de uma nova concepção de Constituição, que renuncia ao monismo doutrinário-ideológico, o que implica evidentemente em novos reclamos por novos aportes teóricos, ao mesmo tempo que de outros se despede. Nessa perspectiva, teorias de natureza holística calcadas em sistemas de valores, com uma estrutura preexistente aos preceitos isolados da constituição não encontram abrigo quer seja na realidade circundante, ou mesmo, no horizonte teórico-normativo. Quando CANOTILHO²¹, ao mesmo tempo que não acolhe e designa como **hoje ultrapassada** a teoria das "normas constitucionais inconstitucionais" de BACHOF, quer se referir exatamente ao hoje, às novas realidades do tempo presente, da Democracia aceita como valor universal, fala do lugar privilegiado da União Européia, sob os efeitos da queda do muro de Berlim (Alemanha), influenciado pela derrocada das ditaduras do Leste Europeu, trata-se de um fenômeno global, v. g. a Constituição-compromisso que deu fim ao *apartheid* na África do Sul e aquelas das novas democracias da América Latina, dentre estas a nossa de 1988.

Apesar dos saudosistas e conservadores apegados à segurança que construíram com prejuízo de vidas e da democracia no passado, temos que falar da Constituição como norma, como Lei Fundamental.²² Tal propositura não busca apoio no Direito Natural, tampouco no positivismo, conquanto busque edificar sua parame-

²⁰ CANOTILHO. **Direito Constitucional**. ob. cit. 196

²¹ CANOTILHO. **Constituição Dirigente**. ob.cit. pp.267 e segts. especialmente. nota 118

²² CLÉMERSON MERLIN CLÈVE em **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. pp. 17 e segts. no mesmo sentido EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA em **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Ditora Civitas S. A., 1991 .

tricidade no Direito positivo que absorve reais conquistas às camadas economicamente oprimidas. Uma vez que "o acesso à constituição, compreendida como *hard law* e norma, pode substituir, com vantagens, essas tentativas nem sempre bem sucedidas...Essa concepção normativa permite ampla margem de atuação para o operador jurídico que, ultrapassando os métodos clássicos de interpretação, desenvolverá uma metódica concretista (não há interpretação sem problemas concretos a resolver) que deve transitar entre a norma ('programa normativo' mais 'domínio normativo') e o problema concreto a resolver. Neste caso, a norma de decisão, aquela que resolverá o problema concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto desafiante de mera aplicação (execução) como querem os vários positivismos."²³

Destarte, essa nova Constituição, está assentada na unidade de sua estrutura normativa, na sua força normativa, na supremacia constitucional e em um certo sentido no princípio da rigidez constitucional. Pelas características deste trabalho, tais elementos balizadores, deixaram de ser exaustivamente tratados, o que não desautoriza a referir-los como espinha dorsal do atual discurso teórico-dogmático constitucional, a partir dos quais são inadmissíveis os postulados de BACHOF. Ponto nevrálgico do problema, como atrás firmado, consiste na inovadora compreensão da Constituição como Lei, ou seja que "no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como 'lei', o Direito Constitucional é direito positivo. Nesse sentido se fala na *Constituição como norma* (GARCÍA DE ENTERRIA) e na *força normativa da Constituição* (HESSE) ... Se o Direito Constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade nos seguintes sentidos :

1. possibilidade de regular jurídica e efetivamente as relações da vida;

²³ CLÉMERSON MERLIM CLÈVE em *A fiscalização*. ob. cit. pp. 19-20. nota 12. Esta é a concepção de norma aceita pelo autor.

2. dirigir as condutas e dar segurança as expectativas de comportamento."²⁴

A constituição é um sistema aberto de normas- princípios e normas-regras²⁵, de onde se extrai, que nem todas as normas constitucionais são iguais, têm natureza, estrutura e funções distintas, em que pese variação quanto a intensidade de sua força conformadora, no entanto, desfrutam do mesmo patamar hierárquico, há uma integralidade normativa entre todas elas. Nas palavras de AFONSO DA SILVA: "*Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem, e na ordenação da nova ordem instaurada*".²⁶

A partir desse pressuposto, desde o preâmbulo, ao articulado, às disposições transitórias, é arquitetada uma unidade global de sentido normativo, daí que todas as normas constitucionais possuem juridicidade, vinculatividade e anualidade, o que é útil na reso-

²⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*. ob. cit. p. 189

²⁵ Adotamos desse modo o pensamento de CANOTILHO pertinente a Constituição. *Direito Constitucional* ob. cit. p. 171 que transcrevemos para explicitar melhor: "*A constituição como sistema normativo (sistema dinâmico de normas) aberto (porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de 'verdade' e 'justiça') de regras e princípios (uma vez que as normas do sistema tanto podem se revelar na forma de regras quanto de princípios). E adiante, p. 172 "Não se distingue entre normas e princípios, mas em distinção entre princípios e regras que são duas espécies de normas."*

²⁶ JOSÉ AFONSO DA SILVA-em *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. pp. 71-72, atente-se para importante tipologia clássica do autor que a partir do critério da eficácia classifica-as em normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. No mesmo sentido CLÈMERSON MERLIN CLÈVE em *A fiscalização*..ob.cit. p.27. A compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de tudo que nela reside constitui noutra jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais."

lução de aparentes contraposições ou antinomias no seu seio. As novas técnicas de interpretação em conformidade com a constituição não podem prescindir dos limites insertos no interior da própria constituição, quais sejam os da unidade, coerência e concordância prática, pois que "nenhuma determinante constitucional se pode impor ou ser aceita pelo legislador, desde que ela não esteja contida ou pressuposta no 'âmbito normativo' da constituição".²⁷

O problema em análise a rigor não poderia ser sequer referido como de inconstitucionalidade, uma vez que, "não se trata de questão intraconstitucional, no sentido das 'normas constitucionais inconstitucionais' estudadas por BACHOF em relação ao sistema jurídico da República Federal da Alemanha. Esta situação só se apresenta quando se admite diferenciação hierárquica entre as diversas normas contidas no documento constitucional. Mas, neste caso, partindo-se do conceito de Constituição como complexo normativo supremo, 'as normas constitucionais' hierarquicamente inferiores não seriam conceitualmente constitucionais, por lhes faltar a indispensável supremacia."²⁸ É o caso, pelo qual, resta intrínseco no problema a rigidez constitucional, haja vista que em constituições do tipo flexível, há normas rigorosamente não constitucionais no texto da Constituição (em caso de contradição teríamos uma questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade).

Apesar de JORGE MIRANDA concordar com a existência de uma "axiologia transpositiva", porque acredita nos chamados limites transcendentais, que de um certo modo, conduz á idéia de que não é titular sem limites o poder constituinte, rejeita a teoria de BACHOF ao mesmo tempo que não admite fiscalização de constitucionalidade por ausência de competência a qualquer tribunal nessa matéria e explica : "*Não cremos que, a dar-se qualquer forma de contradição ou violação dessa axiologia, estejamos diante de*

²⁷ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*.ob.cit. p 269

²⁸ MARCELO NEVES. ob. cit. pp. 71-72.

*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 adoptada ou no do tipo constitucional a qual pertence... Para mais adiante finalizar... No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas constitucionais inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das normas."*²⁹

Em terreno de interpretação constitucional, e não pode ser esquecido, que toda norma, é antes de mais nada fruto de um exercício interpretativo, devem preponderar os "princípios da concordância prática ou da harmonização, que impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros e ainda. o princípio da força normativa da constituição - que possibilita a 'actualização' normativa, garantindo do mesmo pé a sua eficácia e permanência."³⁰. Mas em igual plano de relevância subsiste o princípio da unidade hierárquico-normativa, para além do vigor que confere a igual dignidade entre as normas constitucionais no campo da interpretação "como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local, etc.). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios."³¹

²⁹ JORGE MIRANDA. ob. cit. pp. 319-320.

³⁰ CANOTILHO. ob.cit. Direito Constitucional pp. 234-235.

³¹ Idem pp. 232-233.

Por tudo o que foi afirmado, somos de concordar com a melhor doutrina contemporânea, que coerentemente discrepa da de BACHOF, para em relação a esta na verdade, contrapor-se frontalmente, é o que colhemos em CANOTILHO: "*A probabilidade de uma norma constitucional originariamente inconstitucional é praticamente impossível em Estados de legalidade democrática. Por isso, não tem conduzido a soluções práticas dignas de registo.*"³²

IV. Repercussões da Doutrina no Brasil

No Brasil estranhamente, vencido o período discricionário e restaurada a ordem democrática, da qual temos como marco definitivo a Constituição compromissória de 1988, de alguns meios jurídicos que a seguir faremos menção, tem partido a defesa de duas correntes assemelhadas a da existência de antinomias³³ e a das "normas constitucionais inconstitucionais"³⁴ no interior da mesma textura constitucional.

Motivo de acesa polêmica, tem sido o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e sua possível antinomia com o direito à propriedade insculpido no art. 5º, XXIV, da Cons-

³² Id. *Ibid.* p. 241.

³³ FABIO BAUAB BOSCHI. Conflito de normas constitucionais em *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política/ IBDC*, ano 1, nº 1, nº 4, jul-set / 1993 São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 38 - 74

³⁴ Cf. entre estes ALFREDO BUZÁID. É constitucional o artigo 33 do "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias" da Constituição de 1988? em *Revista dos Tribunais*, ano 80, vol. 669, jul/1991. pp. 07-09. Ver também: RUI STOCO, **A Aposentadoria compulsória dos magistrados aos 70 anos de idade - inconstitucionalidade do art. 93, VI, da CF** em *Revista dos Tribunais*, ano 83, vol. 705, jun 1994, pp. 63-81 e DOMINGOS FRANCIULLI NETTO, **Desapropriação: O aparente conflito entre o art. 33 das "Disposições Transitórias" e o art. 5º, XXIV, ambos da Constituição Federal.** em *Revista dos Tribunais*, ano 79, vol. 659, set/ 1990, pp. 230-232.

tituição Federal. Muito embora FRANCIULLI NETO³⁵ procure escapar do debate, sob a afirmativa que o conflito é aparente, adota uma estrutura hierarquizante na construção do seu entendimento, se não vejamos, (i) a propriedade é um direito fundamental e por conseguinte superior a exceção do art. 33 do ADCT (ii) por estar topologicamente nas disposições permanentes não são passíveis de sofrerem ofensa ou contradição de dispositivo transitório. É claro, que para o autor é aparente o conflito, uma vez que a transitoriedade do dispositivo serve de pretexto, para em última análise nulificá-lo ou desconhecê-lo negando-lhe aplicabilidade, tese que não procede, porquanto assim, recepciona hierarquia entre normas constitucionais originárias e desconhece dignidade normativa a uma disposição constitucional detentora do mesmo fundamento de validade que outra.

Ainda, sobre a mesma matéria, ALFREDO BUZOID, exprime com engajado pensamento, uma engenhosa defesa do direito tradicional à propriedade, na medida em que sugere a inaplicabilidade, mesmo de uma norma constitucional originária, nos termos abaixo aduzidos:

"Uma disposição Transitória não tem a força de revogar uma disposição permanente da Constituição e tampouco a garantia do direito de propriedade assegurado no art. 5º, XXII, da C F. Surgindo o conflito de normas, ele resolve-se pela preponderância da norma constitucional sobre a norma de direito transitório, tanto mais quando esta só teve a eficácia de um dia, que foi o da entrada em vigor da Constituição, carecendo de continuidade..." arrematando desse modo seu pensamento: "...É de estrito direito e justiça julgar inaplicável o disposto no art. 33 do "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias", prevalecendo, nas desapropriações de imóveis urbanos, a regra do art. 182, § 3º, da CF, segundo o qual a indenização há de ser prévia e em dinheiro."³⁶

³⁵ DOMINGOS FRANCIULLI NETTO, ob, cit. p.231.

³⁶ ALFREDO BUZOID, ob. cit. p. 09

É legítimo afirmar que os autores acima, elegem dois critérios para interpretação do problema em análise, estampado logo nos títulos de seus artigos, qual seja, o da possibilidade de inconstitucionalidade de um dispositivo transitório por infração de uma disposição permanente na mesma Constituição. (i) Admitem a existência de antinomias ou contradições no interior de um mesmo sistema constitucional, servindo tal premissa como pretexto para concluir também que (ii) uma norma constitucional pode estar em desacordo com a identidade da Constituição, nessa perspectiva se filiam à corrente que enxerga hierarquia - quer seja de um preceito em relação à identidade ou espírito da Constituição, entre princípio e regra, ou ainda, entre norma permanente e transitória - entre normas da mesma Constituição. Elegendo, aquele último, concluem que deve ser expungido ou inaplicável o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tal tese foi acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que além de considerar a possibilidade de existir originariamente normas constitucionais inconstitucionais, ao apreciar a demanda, concomitantemente deu-se por competente para julgar matérias dessa natureza, conspurcando prerrogativas exclusivas do constituinte originário, eis-nos diante do julgado consignado por aquela Corte:

Art. 33 das Disposições Transitórias da CF/88 - Descabimento de precatório para pagamento em 8 anos.

Determinado o pagamento de justa e prévia indenização nas expropriatórias, procurou o constituinte para determinados casos, nas disposições transitórias, modificar aquele entendimento, para alterar o direito de receber, com um pagamento de oito anos.

Os arts. 5º e 100 da Constituição Federal devem prevalecer sobre o art.33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sob pena de ser violado todo o sistema quanto ao processo de desapropriação. Se cumprido o art. 33 estaria em choque com o art. 5º da Constituição, que dispõe serem todos iguais perante a

lei. (TJSP - 15ª Câmara Cível; AI 153.926-2 Poá; rel. Des. Bourroul Ribeiro; j. 20/02/90;v.u.).

Inaceitável tal diretiva jurisprudencial, porque abre um grave precedente segundo o qual os juízes arbitrariamente se investem, sem legitimidade alguma no papel de legislador constituinte, e, principalmente, vez que representa patente confronto com o princípio da unidade hierárquico-normativo da constituição. Destarte, corrobora o Tribunal de Justiça de São Paulo com um pernicioso processo de erosão da constituição, e ao enfraquecer pontualmente o texto constitucional, acaba por acarretar prejuízos à integralidade do seu conteúdo. Daí um sério desdobramento, uma Constituição em frangalhos ou pela metade, equivale a Constituição nenhuma. De tal sorte, que aos cidadãos e a sociedade, é dispensado um tratamento ofensivo a efetiva garantia de direitos fundamentais constitucionalmente conferidos.

De maneira diversa, mas sobre a mesma problemática, contribui BAUB BOSCHI, que apesar de não manter um alinhamento com o pensamento de BACHOF, defende que em não havendo soluções pelos métodos clássicos de interpretação, para casos de contradição entre normas constitucionais, o caminho que deve ser buscado, estaria na utilização de uma equidade em sentido estrito, como explica: "a equidade judicial é aquela em que o legislador, explícita ou implicitamente, permite ao órgão jurisdicional a solução do caso concreto por equidade."³⁷ É de entender-se, que esse referido autor, remeteu o problema ao legislador e não aos juízes, permitindo porta aberta a decisões judiciais idênticas a que trouxemos como exemplo.

O problema levantado por STOCO, que defende a tese da inconstitucionalidade do comando inserto no art. 93, inciso VI da CF, que versa sobre a aposentadoria compulsória dos magistrados aos setenta anos de idade, embora sobejamente defendido, carece de procedência, haja vista que este caso é visível-

³⁷ FABIO BAUB BOSCHI ob. cit. p.55

mente de uma exceção desejada pelo legislador constituinte originário, não restando sequer contradição aparente com qualquer princípio constitucional sensível, seja o da isonomia como desejou³⁸, conquanto já foi suficientemente esclarecido em doutrina por BANDEIRA DE MELLO: "*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.*"³⁹

Interessante por fim, o debate que não poderia deixar de ser mencionado, trazido a baila com ação direta de inconstitucionalidade impetrada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, que ataca como inconstitucional, normas constantes dos §§ 1º e 2º do art. 45 da Constituição Federal, que cogitam dos números mínimo e máximo da representação por Estado-membro da federação na Câmara dos Deputados, sob o pretexto de que alguns pequenos Estados do Norte e Nordeste do país, estariam com suas representações super-dimensionadas em relação ao seu contingente populacional, o que estaria acarretando prejuízo na equação "um homem - um voto", afetando assim a idéia da proporcionalidade populacional. Evidente que tal tese não prospera, cujas contra-razões foram articuladas por BONAVIDES em parecer, no qual contundentemente respondeu: "alterá-la ou extinguí-la não pode nem o legislador ordinário, nem o reformador constituinte, nem o juiz constitucional. O único poder com legitimidade para modificar tal norma ou fazê-la desaparecer de nosso ordenamento constitucional seria aquele que, numa sociedade livre e democrática, é depositário da soberania e titular de todos os poderes : o poder constituinte originário."⁴⁰

³⁸ RUI STOCO. ob. cit. especialmente pp.77 e segts.

³⁹ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO em **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 17

⁴⁰ PAULO BONAVIDES. ob. cit. Em parecer contrário à tese do Governador do Rio Grande do Sul, no qual o consulente é o Estado de Roraima.

São prenhe de riscos os argumentos engendrados pelos juristas pátrios neste texto e alhures, quando em defesa do acolhimento da doutrina de BACHOF, mormente quando no Brasil verifica-se a consolidação de um penoso processo democrático. No entanto, não resistem à melhor doutrina como a que fornece CANOTILHO: "A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental... Admite-se momentos de tensão, podendo ser objeto de concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso."⁴¹

V. Exceções possíveis no Sistema Constitucional Brasileiro

Nos estreitos limites impostos pela Constituição Federal de 1988, é possível deslindar pelo menos duas situações, segundo as quais é legítimo afirmar da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, i) quando norma inserida em Constituição Estadual conflitar com as disposições da Constituição Federal; e, ii) nos casos em que emenda constitucional emanada, do poder constituinte derivado viola Constituição originária.

Na primeira hipótese, existem copiosas decisões do Supremo Tribunal Federal-STF naquele sentido, o que decorre de interpretação literal das suas competências precípua, mormente o que dispõe o:

Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipua-mente, a guarda da Constituição cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

⁴¹ CANOTILHO. Direito Constitucional. ob. cit. p. 196

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Na segunda hipótese há um julgado paradigmático concernente à questão do Tribunal Constitucional Brasileiro, provocada por Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 939, onde figura como requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e como requerido o Presidente da República. Naquela decisão o STF firma sua competência para declarar inconstitucional emenda constitucional, emanada do poder Constituinte derivado.

Trata-se acima, do famigerado Imposto Provisório sobre movimentações financeiras instituído pela União Federal, através da Lei complementar 77, de 13/7/1993, igualmente considerada inconstitucional sem redução de texto pelo STF, com base na emenda constitucional 3, de 17/3/1993.⁴² Somente e por exceção nessas duas situações, há de se falar em norma constitucional inconstitucional mesmo assim, quando promanadas da competência do poder constituinte derivado, jamais em sede de normas constitucionais originárias.

VI. À guisa da conclusão

As teorias jurídicas não nos colocam enquanto juristas, em contato com a verdade. Tão-somente conforme certas circunstâncias existentes numa determinada sociedade e subordinadas à fidedignidade do trabalho intelectual empreendido, chegamos no tênue limite de aproximação com esta miragem - a que chamamos de verdade.

A doutrina das "normas constitucionais inconstitucionais", também chamadas pelo seu precursor de normas constitucionais

⁴² Cf. *in* Revista de Direito Administrativo n.º 198, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1994 pp.123 e segts.

inválidas, se atualmente repousa no repertório da História do Direito Constitucional, poderá em determinado momento readquirir utilidade. Eis aí seu principal sentido, o de utilidade, servir como vigorosa técnica de contraposição teórica aos regimes de exceção. Não é desprezível, muito menos imprestável, está apta a cumprir com o seu papel de limite último ao arbítrio dos poderosos quando em democracia não estivermos sendo governados.

O presente escrito pode ser imperfeito. Mas no entanto, hoje já não se fala de um ato constituinte, mas de um processo constituinte, podemos desse modo, com JORGE MIRANDA, através de uma indagação que deve soar aos ouvidos de todos como advertência, concluir: *"E pode perguntar-se mesmo numa rigorosa procura de justiça e segurança, qual o mal menor: se abalar o compromisso constitucional e abrir caminhos para rupturas que se pagam caro, se admitir, transitória e limitativamente, a vigência de normas que derrogam tais princípios."*⁴³

Respondendo ao constitucionalista lusitano ficamos com a segunda hipótese, para advogar a tese final da sua inexequibilidade no Brasil contemporâneo, de que **diante de uma contradição aparentemente insanável entre normas constitucionais, o caminho interpretativo exequível nas democracias é o da compatibilidade entre os princípios por harmonização e integração, caso a caso, na globalidade da Constituição que as abriga e suporta, até que o legislador, e o único legítimo é o investido em poderes constituintes, aperfeiçoe sua obra.**

⁴³ JORGE MIRANDA. ob. cit. p.231