

Normas constitucionais inconstitucionais? Um sobrevoos sobre a obra de Bachof

Antonio Carlos Pacheco Padilha

RESUMO

O presente artigo objetiva revisitar a obra Normas Constitucionais Inconstitucionais? (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*), do Professor Otto Bachof, decano de professores de direito público e um dos principais nomes da primeira geração de professores alemães posterior à 2ª Guerra Mundial (1939-1945), geração à qual coube a tarefa de empreender a reforma e a renovação do pensamento e da dogmática jurídica da Alemanha. A investigação reproduz, no essencial, a lição inaugural proferida pelo autor em Heidelberg, em 20 de julho de 1951, caracterizada pela simbiose da atividade docente e doutrinal com a experiência prática vivenciada na atuação jurisdicional, revelando a marca característica de um dos mais notáveis jurisconstitucionalistas da Alemanha do pós-guerra e um dos pensadores que mais contribuíram para a reconstrução moral, jurídica e política daquele grande país, depois da insânia nazista.

Palavras-chave: Normas constitucionais inconstitucionais. Conceito de Constituição. Constitucionalidade formal e material.

Unconstitutional constitutional norms: Revisiting the work of Bachof

ABSTRACT

This article aims to revisit the work Unconstitutional Constitutional Norms? (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*) from the Professor Otto Bachof, dean of Public Law and a leading name in the first generation of German professors after the World War II (1939-1945). That generation was given the task of undertaking the reform and the renewal of thought as well as the dogmatic law in Germany. This research reproduces, essentially, the inaugural lecture given by the author on July 20th, 1951 in Heidelberg, which was characterized by the symbiosis of teaching and doctrinal activity with his practical experience in court work. It revealed the mark of one of the most notable juris constitutionalists of Germany's post-war and one of the thinkers who contributed the most to the moral, legal and political reconstruction of that great country, after the Nazi insanity.

Keywords: Unconstitutional constitutional norms. Concept of constitution. Formal and material unconstitutionality.

Antonio Carlos Pacheco Padilha é Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), ingresso em 2011/1. Delegado de Polícia no Estado do Rio Grande do Sul, exercendo a função de Diretor da Divisão de Planejamento da Chefia da Polícia Civil no Estado.

1 INTRODUÇÃO

É consabido que a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma “constitui”.

Neste contexto não se pode olvidar que a jurisprudência constitucional pode, ela própria, contribuir em medida considerável para tornar viva a eficácia integradora da Constituição.

Todavia, também pode conceber-se uma “inconstitucionalidade” de normas constitucionais (um só e mesmo plano) e também ela não pode ser pura e simplesmente executada do controle judicial.

Há diversas discussões da doutrina e jurisprudência sobre a questão de saber se uma norma da Lei Fundamental é contrária a esta Lei ou uma norma da Constituição de um Estado federado é contrária a esta mesma Constituição – questão que não raras vezes inclui também a da invalidade de tais normas por infração do direito supralegal (direito pré-estatal, supraestatal, suprapositivo, direito natural).

Neste tema importa distinguir a questão jurídico-material de saber se e sob que pressupostos uma norma da Constituição pode ser inconstitucional ou – na medida em que isso não couber no conceito de inconstitucionalidade – inválida por infração de direito supralegal, e a questão processual de uma correspondente faculdade judicial de controle, em especial por parte dos tribunais constitucionais.

Bachof restringe a questão da possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas) e da competência dos tribunais constitucionais para decidir a esse respeito a questão de saber se as normas constitucionais de determinada unidade política em concreto, da Federação ou de um Estado federado, podem estar em contradição com a Constituição precisamente dessa unidade política; se, portanto, dentro de uma só e apenas a sua ordem jurídica, uma norma da Constituição pode ser inconstitucional, e se os tribunais constitucionais competentes são chamados a decidir sobre uma tal contradição.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

A investigação que se segue reproduz, no essencial, a lição inaugural proferida por Bachof em Heidelberg, em 20 de julho de 1951.

As questões da possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais ou, em geral, inválidas, bem como um correspondente direito judicial de controle, representavam um problema destacado na Alemanha do Pós-Guerra.

A questão da obrigatoriedade de leis e de outros modos de atuação estatal contrários à justiça se põem sempre com especial intensidade quando regimes contrários ao Estado de direito são substituídos por regimes de Estado de direito.

No caso da Alemanha do Pós-Guerra exsurgia, com força, o problema – que vai muito além da dimensão jurídica – da necessária “superação do passado”, do reconhecimento do perdão.¹ Foi esta a situação na República Federal da Alemanha depois do colapso da ditadura nacional-socialista – e foi ela que constituiu o ensejo imediato da conferência proferida por Bachof em 1951.

De acordo com Bachof, o Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito “suprapositivo”, obrigando também o legislador constituinte. A norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da Justiça.

“É certo que o Tribunal também declarou que a probabilidade de um legislador democrático e livre ultrapassar 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. Isto corrobora a afirmação de que o problema das normas constitucionais inconstitucionais se põe menos em períodos de uma vida constitucional normal do que em períodos de mudança política radical”.²

Importante, ainda, destacar as motivações históricas que levaram o professor alemão a escrever o texto, pois nos anos que sucederam a outorga da Lei Fundamental de Bonn (1949) a cultura jurídica alemã produziu um amplo debate sobre as questões que estavam implicadas neste ato.

De acordo com Streck e outros,³ aquela Carta, “produzida sob os auspícios do governo de transição, não poderia ser chamada de Constituição (*Verfassung*) porque lhe faltava o elemento de legitimação popular: não foi o povo alemão que colocou as regras que nela se apresentavam. Diante disso, a tese de Bachof pode ser enquadrada diante da seguinte pergunta: haveria a possibilidade de dizer que normas constitucionais possam ser inconstitucionais, por contrariar algum tipo de essência jurídica absoluta, ou mesmo o próprio sistema interno do texto constitucional, de modo a permitir uma alteração significativa de seu conteúdo? Quer dizer: tratava-se da (tentativa de) afirmação de um direito para além da própria lei fundamental que permitisse algo como uma “Constituição verdadeiramente alemã”.

Outrossim, importante registrar que a discussão sobre a possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais pressupõe um entendimento acerca do conceito de Constituição, distinguindo-se entre a Constituição escrita ou Constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material.

¹ OST, François. O tempo do direito; tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza, Bauru, São Paulo: Edusc, 2005.

² BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Tradução e Nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa, Investigador da Faculdade de Direito de Coimbra, Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, págs. 3-4.

³ STRECK, Lenio Luiz, BARRETO, Vicente de Paulo, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas Constitucionais Inconstitucionais. Publicada na **Revista Consultor Jurídico** em 19 de julho de 2009.

Nos termos desta distinção, Constituição em sentido formal será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais – particularmente do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração – ou também uma pluralidade de tais leis.

Por Constituição em sentido material entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Sob o enfoque funcional, então o sentido de Constituição material será o “sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador”⁴. “É o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador”.

De acordo com Bachof,⁵ ainda:

(...) pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; inversamente, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material com função integradora: antes numerosas normas constitucionais formais devem a sua recepção na Constituição a simples considerações táticas, nomeadamente à intenção dos grupos políticos que foram determinantes do documento constitucional de subtraírem essas normas à possibilidade de alteração por uma futura maioria parlamentar.

Ademais disso, cotejando a Constituição e o direito supralegal, pode-se afirmar, de acordo com Mallmann, que o legislador da Lei Fundamental logrou abraçar o céu.

Todavia, essa positivação exacerbada não esgota o conteúdo do direito supralegal e, por maioria de razão, não se demonstra que todas as e cada uma das regras do direito supralegal assim positivado – e muito menos com o que não foi – possivelmente, abrangido pela positivação.

Digno de registro, também, que a validade de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos aspectos: a positividade, no sentido da sua “existência como plano e expressão de um poder efetivo”, e a obrigatoriedade, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado.⁶

Ainda cabe salientar, embora o direito seja apenas, nas palavras de Jellinek, um “mínimo ético”,⁷ que a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo também não será direito.

⁴ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 39.

⁵ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 40.

⁶ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 42.

⁷ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 43.

É certo, portanto, que o conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal.

Constituição vigente em sentido material serão apenas, por conseguinte, os elementos componentes da tentativa jurídico-positiva de realização do ordenamento integrador que não ultrapassem esses limites preexistentes.

Questão que tem essencialmente um significado apenas terminológico é a de saber se, em vista disso, todo o direito supralegal se deve considerar parte integrante da Constituição, e se uma violação do direito supralegal se deve qualificar de “inconstitucional”. Não se pode duvidar que o direito supralegal expressamente positivado pertence à Constituição; saber se também o direito supralegal porventura não abrangido pela positivação deve incluir-se no direito constitucional, como parte integrante não escrita da ordem fundamental do Estado, em virtude do caráter incondicional da vinculação jurídica dele decorrente, é problema que não tem significado para a questão da validade.

É certo que a distinção entre Constituição em sentido formal e em sentido material conduz a que igualmente se distinga entre a inconstitucionalidade de normas jurídicas resultantes da infração da Constituição escrita (formal) e a resultante da infração do direito constitucional material não escrito.

Neste contexto, também uma norma constitucional pode ser inconstitucional por violação do direito constitucional escrito (formal).

Se uma constituição, em tudo o resto, se tornou juridicamente eficaz, mas uma das suas normas, isoladamente, não corresponde aos requisitos da eficácia por aquela mesma estabelecidos, pode bem falar-se de uma norma constitucional “inconstitucional”: em qualquer caso, porém, tratar-se-á de uma “norma inválida”.

As leis pré-constitucionais podem obrigar apenas o poder constituído, não o titular do poder constituinte, o qual a todo o tempo pode contorná-las, através de um ato constituinte originário.

De outra parte, de acordo com o mestre alemão⁸, uma lei de alteração da Constituição pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal. Dá-se o primeiro caso, quando não são observadas as disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição; ocorre o último, quando uma lei de propõe a alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração da imodificabilidade destas inserta no documento constitucional.

Os preceitos sobre a revisão de uma Constituição apenas podem obrigar o poder constituído, nunca o poder constituinte.

Põe-se para Bachof,⁹ além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade

⁸ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 52.

⁹ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 54.

de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional.

Apesar de parecer paradoxal, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição. No caso dessa contradição, para Bachof,¹⁰ a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida.

Outrossim, importa considerar em particular a inconstitucionalidade resultante de uma “mudança de natureza”¹¹ de normas constitucionais. Se certos pressupostos, que foram determinantes para o legislador emitir uma norma jurídica, não vierem a verificar-se, ou se falham as expectativas que manifestamente se ligaram à norma jurídica, pode a norma, certamente, perder o sentido. Mas, em regra, será então tarefa do legislador tirar daí as consequências e modificá-la. No entanto, em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, será lícito admitir – também como possível – que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora.

Abstraindo da hipótese da revogação posterior, o momento de cessação da vigência de uma norma pode ser determinado de diferentes maneiras. Esse momento pode ser determinado através da fixação de uma data, por fazer-se depender da verificação de um determinado acontecimento, pelo decurso de um prazo ulterior, bem como pode resultar do fato de haverem desaparecido os pressupostos tidos pelo legislador como naturais, ou de findar a situação de exceção para obviar à qual a norma foi estabelecida.

Para a questão jurídico-material de validade de tais normas é indiferente, todavia, considerá-las como normas “que se tornaram inconstitucionais” ou como normas “que deixaram de vigorar”.

À “Constituição”, e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito supralegal, na medida em que tenha sido positivado pelo documento constitucional. Uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será, portanto, simultaneamente “contrária ao direito natural” e inconstitucional.

Se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural e carecerá de legitimidade, no sentido da obrigatoriedade jurídica. Para Bachof esta norma será qualificada como “inconstitucional”. A incorporação material dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infração de direito supralegal apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição.

O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude do seu caráter incondicional, o direito constitucional que é apenas direito positivo.

¹⁰ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 55.

¹¹ BACHOF, Otto. Obra citada, págs. 59-62.

Para finalizar esta abordagem, cabe registrar que Bachof¹² aborda, ainda, a possibilidade de violação de direito constitucional não escrito. Para tanto, propõe três hipóteses:

1) Violação de direito constitucional não escrito

a) Inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição

Os princípios constitutivos encontram-se à disposição do titular do poder constituinte. Esses princípios não podem ser modificados à vontade, seguindo o caminho do processo de revisão regulado pela lei constitucional.

b) Inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário

O direito constitucional consuetudinário pode completar a Constituição escrita: nesse caso, não é imaginável uma possibilidade de conflito entre o direito constitucional escrito e o não escrito. Em verdade, se uma alteração da Constituição só pode ser levada a cabo através de uma lei formal que altere o texto da Constituição, encontra-se então aparentemente excluída toda e qualquer possibilidade de alterar a Constituição através de direito consuetudinário.

c) Inconstitucionalidade (invalidade) por infração de direito supralegal não positivado

Uma norma constitucional que infrinja tal direito não poder reivindicar nenhuma obrigatoriedade jurídica, independentemente da questão de saber se e em que medida o direito supralegal violado foi transformado em direito constitucional escrito.

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS?

De acordo com os ensinamentos de Kant¹³ podemos afirmar que sistema é “*la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea*”, um “todo del conocimiento ordenado según principios”.

Todavia, segundo Ferrajoli¹⁴ o Direito não é mais um sistema orgânico de dogmas sancionados pela lei e confiados à custódia dos juristas, mas um sistema artificial e imperfeito de normas heterogêneas, cuja legitimidade perante os valores políticos incorporados na Constituição está sempre em questão. O velho paradigma científico da dogmática jurídica e da autonomia do Direito, que no século 19 alcançou sua máxima expressão na codificação, enfraquece-se frente à Constituição, que, por seus parâmetros axiológicos de validade, se põe em permanente tensão e em virtual autonomia com todo o Direito vigente.

¹² BACHOF, Otto. Obra citada, págs. 64-68.

¹³ KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*, edición de la *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, a cargo de Weischedel, t. 2, 1956, 696 (=1781, 832); KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, edición de *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*. t. 5, 1957, 11. (=1786, prefacio, p. IV). In: ROXIN, Claus. Obra citada, pág. 193.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. 2ª edição. Roma/Bari: Laterza, 1999, pág. 69.

É consabido que as sociedades modernas caracterizam-se pelo pluralismo¹⁵ – religioso, cultural, político, entre outros. Esta circunstância, muitas vezes traz consigo o problema da justificação e dos limites do comportamento divergente, culminando com o flagrante tensionamento entre a Constituição – que delinea o primado da liberdade e fixa os limites da inovação normativa do Poder Legislativo – e o princípio democrático que torna vinculantes as deliberações dos representantes do povo. A partir de então, até mesmo o legislador encontra-se limitado em sua atividade pelo respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A vinculação do legislador ao texto Constitucional vem à lume na clara dicção de Vieira de Andrade¹⁶, quando o mesmo assevera que

O poder legislativo deixou de corresponder à ideia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante da realidade e juridicamente débil. É um poder constituído, obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e acatar proibições, a perseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objectivos que se propõe, a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido.

Não podem restar dúvidas, em um Estado Democrático e Social de Direito, que é na Constituição e em sua estrutura principiológica que se encontrarão os fins e os bens dignos de busca e tutela.¹⁷

Assim sendo, de acordo com Palma,¹⁸ é “(...) a Constituição quem define as obrigações do legislador perante a sociedade. Ora, esta função de protecção activa da Sociedade figura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”.

Ao limitar o tema de sua investigação, o Professor Bachof restringiu a questão à possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas) e da competência dos tribunais constitucionais para decidir a esse respeito. Discorreu, ainda, quanto à questão de saber se as normas constitucionais de uma determinada unidade política – em concreto, da Federação ou de um Estado federado – podem estar em contradição com a Constituição precisamente *dessa* unidade; se, portando, dentro de uma só e mesma unidade política, e tomando como referência apenas a sua ordem jurídica, uma norma da Constituição pode ser inconstitucional, e se os tribunais constitucionais competentes são chamados a decidir sobre uma tal contradição.

¹⁵ HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. 6ª edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, págs. 7-21.

¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2001, págs. 212-213.

¹⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995 págs. 142-147.

¹⁸ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, págs. 106-107.

Bachof cita uma decisão do Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg, de 13 de novembro de 1950, onde sustenta o surgimento de um conceito de Constituição alargado pela inclusão do direito suprapositivo. No julgamento o Tribunal afirmou ser possível, eventualmente, uma norma da Constituição infringir direito suprapositivo que, por seu turno, o legislador da Lei Fundamental, através do reconhecimento de direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, positivou em todo o caso, em certa extensão, assim o declarando como parte integrante da “ordem constitucional”.

O Tribunal da Baviera, conforme julgado de 24 de abril de 1950, de modo mais decidido, afastou-se de um conceito de Constituição puramente formal, ao incluir o próprio direito suprapositivo na Constituição padrão de controle. Naquela oportunidade o Tribunal afirmou que a nulidade, inclusive de uma disposição constitucional, não está, a priori, e por definição, excluída pelo fato 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. Por infração deles, outras disposições da Constituição, sem a mesma dignidade, podem ser nulas”.¹⁹

Bachof reconhece, de plano, que o legislador constituinte alemão, ao instituir o controle de constitucionalidade, pensou “em primeira linha, se não mesmo com exclusividade”²⁰, no controle de normas jurídicas sob a Constituição. Sua cogitação recaiu sobre a compatibilidade das leis estaduais e das leis federais com a Constituição. Porém admite que também é cabível conceber-se uma “inconstitucionalidade” de normas constitucionais (um só e mesmo plano), e tal eventualidade não deve ser excluída do controle judicial. O autor se ocupa, em seguida, das diferentes possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas).

Para aqueles que admitem a possibilidade de existirem normas constitucionais originárias inconstitucionais, há três hipóteses principais em que isto pode ocorrer:

a) havendo contradição de normas constitucionais com normas constitucionais de grau superior, ou seja, chocar-se uma norma constitucional de significado secundário (uma norma só formalmente constitucional) com um preceito substancial, “mais forte”, da Constituição;

b) infringir uma norma constitucional outra norma da Constituição, que tenha positivado direito supralegal, por exemplo, norma constitucional que se contrapõe à outra, que positivou direitos e garantias individuais (que são princípios elementares, anteriores mesmo à Constituição);

c) violar a norma constitucional um princípio do direito supralegal, não positivado, não inserido no texto da Constituição, como apresentar-se uma norma constitucional em desconpasso com o direito natural, com os valores fundamentais da justiça, em suma, com o direito material constitucional não escrito.

¹⁹ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 23

²⁰ BACHOF, Otto. Obra citada, pág. 12.

Há autores alemães, contudo, que opõem-se à possibilidade de normas da Constituição serem inconstitucionais. Apelt²¹ sustenta que os tribunais, inclusive os constitucionais, não têm a faculdade de considerar inválidas, seja qual for o fundamento, normas da Constituição, negando toda a possibilidade de contradição de normas constitucionais com o direito supralegal, partindo da ideia de que o legislador constitucional é autônomo no estabelecimento do sistema de valores da Constituição, repudiando a existência daquele direito.

Para Pinto Ferreira²² a exposição de Bachof é a mais profunda contribuição à matéria, sendo que o tribunal que mais avançou no tema é o da Baviera que “decidiu afastar-se de um conceito puramente formal da Constituição, para permitir a inclusão do próprio direito suprapositivo como padrão de controle”.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, com base no entendimento do Tribunal da Baviera e com o apoio de doutrinadores, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 23 de outubro de 1951 reconheceu a existência de direito suprapositivo e a sua competência para aferir a validade das normas com bases nesses princípios, acrescentando, em decisão posterior, que negar a possibilidade de existência de norma constitucional inconstitucional significaria “uma recaída na concepção intelectual de um positivismo despidido de valores, há muito superado pela doutrina e jurisprudência”.²³

Embora o Tribunal tivesse ressaltado que a probabilidade de que o legislador democrático e liberal viesse a ultrapassar esses limites afigurava-se bastante reduzida, de modo que a possibilidade teórica de normas constitucionais originárias inconstitucionais configurava-se quase uma impossibilidade prática.

Luís Roberto Barroso observa que o princípio da unidade da Constituição, também referido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição encontraria importante exceção na admissibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais. Analisando a obra de Bachof, o autor conclui que a única possibilidade por ele admitida de uma norma constitucional ser inconstitucional é a de ela violar uma transcendente Constituição material, que abrigaria os grandes princípios de direito natural, estivessem ou não positivados no documento escrito que consubstancia a Constituição formal, alegando que isso constitui, sem dúvida, uma forma de estabelecer uma hierarquia entre normas constitucionais, e, pois, é uma exceção ao princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

De acordo com Barroso, “admitida, pois, a existência de um direito supralegal ou suprapositivo, é perfeitamente possível conceber-se, do ponto de vista teórico, a ocorrência de contradição entre o direito constitucional positivo e os valores, diretrizes ou critérios que servem para a modelação do direito positivo (direito natural, direito justo, etc.)”.²⁴

²¹ APALT, Willibalt. *Die Gesetzgebungstechnik*. Munique: 1950, p. 9, *apud* Otto Bachof.

²² FERREIRA, Luis Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1996, volume 4, pág. 275 e segs.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 119.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, págs. 193-194.

O doutrinador fluminense assegura que a tradição brasileira é a da afirmação da unidade hierárquico-normativa da Constituição, sem atenção à possibilidade de reconhecimento de normas constitucionais transcendentais. “O fundamento subjacente a toda a ideia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, *ipso facto*, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido”.²⁵

É certo que o princípio da unidade normativa da Constituição, e a conseqüente impossibilidade de existir uma hierarquia entre dispositivos constitucionais, há muito se tem difundido.

Entre nós, Francisco Campos sustentou que “é evidente que tal distinção é a mesma, formulada em outros termos, entre leis constitucionais formais e materiais, consideradas as primeiras como meramente diretórias, por não conterem matéria de natureza ou de essência constitucional, e as segundas como mandatórias por natureza, não por figurarem no instrumento da Constituição, mas por serem essencial e substancialmente constitucionais. Ora, como vimos, 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 for o seu conteúdo ou natureza”.²⁶

Sobre o tema em análise, o Supremo Tribunal Federal analisou, na ADIn nº 815-3, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, o problema da inconstitucionalidade de norma (originária) constitucional.

A ação sustentava, em síntese, que em nossa ordem constitucional, entre os mencionados “princípios” superiores, colocam-se não só o da igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5º), como o que dele deriva, da igualdade do voto, insculpido no art. 14 da Constituição Federal. Representavam ambas, de acordo com o autor, regras de direito supralegal positivadas na Constituição, propondo a ADIn da oração “para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de 8 ou mais de 70 Deputados, do §1º, e do vocábulo quatro, do §2º, ambos do art. 45 da Constituição Federal, argumentando que esses limites constitucionais fixados para a representação das unidades federadas na Câmara dos Deputados são inconstitucionais, na medida em que agridem aqueles princípios fundamentais.

Transcreve-se, a seguir, a ementa do acórdão do Pleno, cujo teor é o seguinte:

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

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, pág. 196.

²⁶ CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. I, pág. 392.

- 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 norma 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. Unânime.

O relator da ADIn supramencionada foi o Ministro Moreira Alves, que, em seu voto, observou, inicialmente, que o autor não sustentou que as expressões impugnadas nos §§ 1º e 2º do art. 45 da Constituição sejam violadoras de direito suprapositivo não incorporado à Constituição pelo constituinte originário “ – posição mais extremada dos que admitem a possibilidade de 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”.

O Ministro expôs que 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”. É certo que todas as normas constitucionais originárias, enunciou, “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”.

Em nossas Constituições republicanas, sustentou o Ministro, resulta estrita observância ao princípio da unidade da Constituição:

Assim, na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (art. 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, disse o Ministro Relator que essa função de guardião da Constituição 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, e, como reconhece Bachof, “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, arrematando:

“Essa violação não importa questão de inconstitucionalidade, mas questão de ilegitimidade da Constituição no tocante a esse dispositivo, e para resolvê-lo não tem o Supremo Tribunal Federal – ainda quando se admita a existência desse direito suprapositivo – competência”.

O Ministro Moreira Alves ponderou, ainda, que o constituinte originário – de acordo com Bachof – ao estabelecer normas constitucionais de grau superior, pode, igualmente, estabelecer as exceções a elas, no próprio dispositivo que as encerra ou em outro; portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal 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”.

Já no que se refere às cláusulas pétreas, considerou que elas 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”.

Concluiu o Ministro Moreira Alves que não pode o Supremo Tribunal Federal, 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 com base em normas constitucionais que seriam de grau superior ao das demais, não conhecendo da ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

Também em recente julgamento da ADI 4277-DF, ocorrido em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para o fim de reconhecer aos casais homoafetivos as mesmas regras e as mesmas consequências das uniões estáveis heteroafetivas. Não estaria a Suprema

Corte, sem declarar, reconhecendo a inconstitucionalidade de artigos do próprio texto Constitucional?

E aqui nesta ADI cabe destacar a preocupação no sentido de que o tipo de tutela que originou a demanda traz consigo a ideia de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (em especial o legislativo) não conseguem acompanhar.

De acordo com Streck e outros, a atividade do Tribunal Constitucional Federal, também classificada por alguns autores como ativismo judicial, originando a corrente denominada de jurisprudência dos valores, constitui-se exatamente na jurisprudência de valores duramente criticada por Habermas, que a enquadrará como uma postura do poder judiciário que coloniza o espaço público e impede a tomada de decisões pela via democrática.

Parece que o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado ativismo judicial, pois temas desse jaez não podem ser deixados para serem resolvidos pela “vontade do poder” do Poder Judiciário, pois deste modo se estaria fragilizando a produção democrática do direito.

A Corte Constitucional está sendo transformada, em última análise, em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, por meio de um verdadeiro processo de alteração formal do texto, tarefa reservada ao Poder Constituinte derivado por meio do processo de emendas.

O Poder Judiciário está substituindo o legislador constitucional.

Amparados em Ronald Dworkin (A Virtude Soberana), Lenio e outros²⁷ sustentam que é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. O judiciário pode intervir, e deve, sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade. Isso por um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. Se assim fosse, os próprios interesses dos homossexuais estariam em risco, posto que a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da “opinião” e da “vontade” daquele que julga a causa.

De acordo com Dworkin não deve importar ao direito o que os juízes pensam sobre o direito, sobre a política, futebol, etc.

A decisão judicial deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar, “colmatando lacunas” do constituinte (originário ou derivado).

O fato de o Poder Judiciário, por meio da Justiça Constitucional, efetuar “correções” à legislação (filragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade”) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz, BARRETO, Vicente de Paulo, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Obra citada.

4 CONCLUSÃO

É certo que Lei Fundamental e Constituição não se limitam simplesmente ao texto constitucional escrito. A verdade é que todo o direito materialmente incorporado na Constituição pela Lei Fundamental, ou por ela pressuposto, se deixa também subsumir, sem violência, no conceito de Lei Fundamental.

A competência judicial de controle não foi criada pelo legislador da Lei Fundamental, mas por ele encontrada como um instituto jurídico já estabelecido pela doutrina e tribunais.

De acordo com Bachof não se pode imaginar que a judicatura, que recebe a sua dignidade e autoridade unicamente da ideia de justiça, possa renunciar em princípio a um controle cujo padrão seja esta ideia, sem com isso perder ao mesmo tempo essa sua dignidade e autoridade. Uma jurisdição que se queira livre da sua responsabilidade pelo conteúdo jurídico da lei degrada-se necessariamente, pelo menos de maneira potencial, num auxiliar do mero poder.

Kelsen chamava a atenção para o fato de uma Constituição a que falte a garantia da possibilidade de destruição dos atos inconstitucionais, por ausência de uma faculdade judicial de controle da constitucionalidade das leis e regulamentos.

O monopólio decisório dos tribunais constitucionais não contradiz o princípio da competência genérica de todos os tribunais.

Se um juiz pensa não poder tomar a responsabilidade da aplicação de normas positivas, apesar da afirmação da sua validade pelo competente tribunal de controle, só lhe resta a decisão pessoal de consciência de renunciar à sua função.

Qualquer restrição da competência judicial de controle dos tribunais constitucionais é perigosa: nesse caso, não só existirá a tentação de um “controle disfarçado”, como seria também posto em causa o pretendido e, justamente por razões de segurança jurídica, desejável – monopólio da decisão.

Aos tribunais constitucionais também compete o controle de constitucionalidade de normas da Constituição, e da constitucionalidade no mais amplo sentido da “validade” das normas constitucionais à luz de todo o direito incorporado na Constituição ou por ela pressuposto.

REFERÊNCIAS

- APELT, Willibald. *Die Gesetzgebungstechnik*. Munique: 1950, apud Otto Bachof.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e Nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa, Investigador da Faculdade de Direito de Coimbra, Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. I.
- CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da Criminalização e da Democratização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. 2.d. Roma/Bari: Laterza, 1999.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1996, v.4.
- HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. 6.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.
- KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft, edición de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, a cargo de Weischedel*, t.2, 1956, 696 (=1781, 832); KANT, Immanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, edição de Wissenschaftliche Buchgesellschaft. t. 5, 1957, 11. (=1786, prefacio, p. IV). In: ROXIN, Claus.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza, Bauru, São Paulo: Edusc, 2005.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas Constitucionais Inconstitucionais. In: *Revista Consultor Jurídico*, 19 jul. 2009.
- VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.