

NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL NORMS

Victor Emanuel de Carvalho¹

Resumo: O presente artigo examina a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, tema que à primeira vista soa paradoxal. Parte-se da análise do Direito Natural e do Direito Positivo, das concepções sobre a Constituição e dos limites do Poder Constituinte Originário, avançando para a discussão da legitimidade constitucional à luz do Direito Natural. A partir da Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais, propõe-se uma reflexão crítica sobre a supremacia dos direitos fundamentais e sua relação com normas constitucionais que os contradigam.

Palavras-chave: Direito Natural. Poder Constituinte. Constituição. Inconstitucionalidade. Legitimidade.

Abstract: This article examines the possibility of the existence of unconstitutional constitutional norms—a concept that initially appears paradoxical. It begins with an analysis of Natural Law and Positive Law, constitutional theory, and the limits of the Original Constituent Power, progressing toward a critical reflection on constitutional legitimacy under the lens of Natural Law. Based on the Theory of Unconstitutional Constitutional Norms, the paper explores the supremacy of fundamental rights and their relationship with conflicting constitutional norms.

Keywords: Natural Law. Constituent Power. Constitution. Unconstitutionality. Legitimacy.

Introdução

O presente artigo trata da possibilidade da inconstitucionalidade de uma norma constitucional proveniente do Poder Constituinte Originário.

Falar em Normas Constitucionais Inconstitucionais, a princípio, pode parecer um paradoxo. De fato, quando se fala que algo é constitucional, deduz-se que este algo está na Constituição ou é conforme a Constituição. Por outro lado, quando se fala que algo é inconstitucional, pressupõe-se uma contradição entre este algo e a Constituição. Portanto, como poderá algo estar na Constituição e ao mesmo tempo ser inconstitucional.

Tem-se, assim, como objeto, o estudo deste paradoxo.

¹ Possui graduação em Direito pelo Associação Educativa Evangélica (2006), graduação em Ciência de Dados e Inteligência Artificial pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (2023), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2014). Atualmente é Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com Mestrado profissional em andamento em DIREITO, REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS na Universidade de Brasília (UnB). victor_emanuell@yahoo.com.br

Por essa razão, objetiva-se: aferir o que se entende por Direito Natural e Direito Positivo, visando demonstrar qual a relação e a precedência existente entre estes elementos, compreender o que é Constituição, abordando o seu antecedente histórico e os diversos sentidos em que é compreendida, analisar o Poder Constituinte, estudando a origem, o conceito, a titularidade, a forma de expressão, as características, a natureza jurídica, e os limites deste Poder, verificar a origem e a possibilidade de controle das Normas Constitucionais Inconstitucionais.

O tema é de interesse jurídico-social por se referir diretamente à Constituição que é o fruto da soberana vontade do povo e lei maior do ordenamento jurídico, além de já ter sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Referido tema, além de ser um paradoxo a ser desvendado através da compilação de trechos de obras de diversos autores, envolve correntes jurídicas completamente antagônicas que divergem quanto à ideia de Direito, o conceito de Constituição, as características, os limites e a natureza jurídica do Poder Constituinte, influenciando, assim, na admissibilidade ou não das Normas Constitucionais Inconstitucionais.

Busca-se, deste modo, analisar as divergências existentes para que com uma visão crítica e sempre em busca de um ideal de justiça se possa chegar a uma conclusão que melhor se aproxime deste ideal.

1. Direito Natural e Direito Positivo

Tendo em vista que a Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais envolve, essencialmente, questões relativas ao Direito Natural e ao Direito Positivo, é de boa cautela tecer algumas linhas sobre estes institutos.

Para tanto, faz-se necessário, preliminarmente, responder às seguintes indagações: O que é Direito Natural? O que é Direito Positivo? Existe um Direito anterior ao Estado? Qual a influência deste Direito sobre o Direito estatal?

Sendo a relação do Direito Natural com o Direito Positivo o foco central do presente estudo, cabe, aqui, conceituá-los.

Segundo De Plácido e Silva:

DIREITO NATURAL. As várias escolas filosóficas têm saído a campo para ditar o conceito de *Direito Natural*, formulando cada uma o sentido admitido, consoante os princípios dominantes em sua *filosofia*.

Nesta razão, mesmo, admite-se a expressão *Direito Filosófico* para indicar igualmente o Direito Natural, em oposição ao *Direito Positivo* ou *Realista*.

Na acepção do *Direito Romano*, por *Direito Natural* (*Jus Natural*) entendia-se o *Direito Comum* a todos os homens e animais, em oposição ao *Jus Gentium*, que era o *Direito Comum* a todos os homens.

Para os *escolásticos* é o que tem por fundamento a *razão divina* (Direito Natural Primário), podendo ser completado pelos homens, por sua legislação e pelos costumes (Direito Natural Secundário), que tomam as formas de *Jus Gentium* e do *Jus Civile*.

E, nesta acepção, compõe-se das regras de equidade que a razão natural estabeleceu entre os homens, a qual foi gravada por Deus em seus corações.

Há, conforme registra EDMOND PICARD, quem o considere como o complexo de *direitos imprescritíveis* da natureza humana, apresentando-se como uma fração do Direito Positivo que, tomada em sua natureza, não poderá sofrer qualquer alteração normal, salvo pela tirania.

Os *enciclopedistas*, como é de ver, enfileiram-se na teoria que PICARD nos aponta, aceitando a teoria do Direito Natural fundada na concepção do *contrato social* de J. J. ROUSSEAU, concretizada no sentido individualista do direito, posto em prática pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, pugnados pela Revolução Francesa. É o conceito fundado no princípio da *liberdade individual*, que deve ser regulada pelos costumes e por um conjunto de formalidades, imutáveis, eternas, desde que se mostrem na sua suprema e derradeira expressão.

Há outras teorias. Mas, no sentido moderno, o Direito Natural é tido como o que decorre de princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e assegurem os direitos individuais, tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que asseguram a própria existência do homem. (2003, p. 275/276, grifo do autor).

Logo, vê-se a importância da Filosofia para o Direito, uma vez que aquela ciência não se limita a estudar o Direito como ele é, mas procura de forma incansável, tendo em vista um ideal de justiça, discutir como ele deveria ser. Contudo, haja vista a Filosofia ser uma ciência extremamente dinâmica, há vários entendimentos sobre o Direito Natural. No entanto, atualmente, verifica-se que se trata de princípios impostos à legislação dos povos cultos, ou seja, ao Direito Positivo, para assegurar Direitos Fundamentais do homem.

À vista do que foi colocado, veja-se a conceituação de Direito Positivo.

DIREITO POSITIVO. É denominação genérica, dada em oposição à de *Direito Natural*, no seu sentido de dever de consciência, para distinguir o conjunto de regras jurídicas em vigor, que se impõem às pessoas e às instituições, sob a *coação* ou *sanção* da *força pública*, em qualquer dos aspectos em que se manifeste.

É, na linguagem de PICARD, O Direito *tal como é*, e não como *devia ser*, conforme nossos sentimentos íntimos ou nossas ilusões de Justiça.

O Direito positivo manifesta-se em qualquer espécie de Direito Objetivo, ramificando-se em todas as formas do Direito, seja escrito ou consuetudinário, que seja imposto como regra social obrigatória. (SILVA, 2003, p. 276, grifo do autor).

Enquanto o Direito Natural é algo imanente à natureza humana, algo que se impõe de dentro do indivíduo, que não depende de lei escrita, o Direito Positivo é algo que se impõe de fora, é o Direito imposto às pessoas sob a coação ou sanção da força pública, geralmente, é escrito, positivado em Leis.

Neste desiderato, André Franco Montoro, em breve síntese, acentua que:

O Direito positivo é constituído pelo conjunto de normas elaboradas por uma sociedade determinada, para reger sua vida interna, com a proteção da força social.

Direito natural significa coisa diferente. É constituído pelos princípios que servem de fundamento ao Direito positivo. (2000, p. 34).

Cabe, agora, verificar qual a relação existente entre esses dois Direitos.

No geral, os doutrinadores veem na expressão “Direito Natural”, os princípios atribuídos a Deus ou a Razão, que independem de convenção ou de legislação. Tais princípios seriam os determinantes, informativos ou condicionantes das leis positivas. Seriam regras tidas como válidas, independentemente do reconhecimento formal do Direito Positivo. Seriam princípios impostergáveis e inerentes à própria condição humana (CARDOSO, 1995, p. 523).

Contrária a esta doutrina é a Escola dos Positivistas. Segundo Maria Helena Diniz, o positivismo procura afastar-se do Direito Natural, reconhecendo tão-somente o Direito Positivo. Assim, esta Escola limita o conhecimento científico-jurídico ao estudo das legislações positivadas não admitindo qualquer tipo de influência do Direito Natural. Referida autora, comentando a teoria Kelsiana (Teoria Pura do Direito), afirma que Kelsen, ao chegar a um positivismo jurídico radical, tornou a ciência jurídica completamente alheia a aferições valorativas, alcançando a mais completa eliminação do Direito Natural (2001, p. 102,116).

Desde os primórdios da civilização já se falava em um direito anterior, em um Direito Natural. De longa data é a discussão da influência de um Direito sobre o outro, ora predominando uma concepção, ora predominando outra.

2. Da Constituição e do Poder Constituinte

Anterior à ideia de Constituição é a ideia de Pacto, ou Contrato, Social. Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que das concepções de Contrato Social formuladas por Hobbes, Locke e Rousseau, resulta sempre que o poder decorre da vontade dos homens que

elaborariam um estatuto (constituição). Este estatuto estaria acima dos governantes e, para Locke e Rousseau, visaria assegurar os Direitos Naturais (2002, p. 6).

Com efeito, antes da elaboração de uma Constituição, já há um grupo de indivíduos unidos por interesses comuns. Esse grupo, com o intuito de criar uma Sociedade e, por fim, o Estado, elaborará uma Constituição.

Sendo assim, prescreve Michel Temer (1989, p. 18) “O Estado é corpo social. Revela-o a Constituição. [...]. Há identidade, pois, entre o Estado e a Constituição. Toda sociedade é uma ordem jurídica.”

Para José Afonso da Silva, a Constituição não pode ser tomada como algo desvinculado da realidade social, deve ser concebida como uma conexão de sentidos (sociológicos, políticos e jurídicos), envolvendo um conjunto de valores já existentes na Sociedade (2003, p. 38). Já para Hans Kelsen, no sentido jurídico, Constituição é norma pura, dissociada de qualquer fundamentação sociológica, política ou filosófica (1962 apud SILVA, 2003, p. 39).

Por sua vez, consoante Pinto Ferreira:

A Constituição total é uma unidade, que transfigura os conteúdos parciais de natureza econômica, sociológica, jurídica e ideal numa verdadeira síntese dialética, numa espécie de *unidade múltipla*, cristalizada como o símbolo de Estado. (1971, p. 75, grifo do autor).

O autor supracitado desenha a Constituição Total como um edifício de quatro andares e no último andar, acima de todo o ordenamento jurídico, coloca os princípios da justiça, o Direito Natural e a segurança coletiva, como o ideal do regime constitucional perfeito (1971, p. 69).

Do exposto, verifica-se uma tendência em se adotar uma conceituação mais ampla de Constituição, em não mais compreendê-la, simplesmente, como o conjunto de normas que organiza e estrutura o Estado, independentemente da sua harmonia com o meio social. Procura-se concebê-la como algo maior, mais amplo, fruto da conexão dos sentidos acima expostos, incluindo-se nela, inclusive, com papel de relevo, o Direito Natural. Devem as suas disposições estar em conformidade com as cláusulas do pacto social, com a vontade soberana do povo, com os valores incrustados no seio da sociedade.

Por outro lado, sendo a Constituição uma lei, quem é que cria esta lei? Qual é o Poder que lhe dá concreção? Qual é a fonte da norma constitucional?

Segundo J. H. Meirelles Teixeira, a Constituição não pode buscar seu fundamento na vontade do Estado e nem em outra norma jurídica positiva, ela advém de uma decisão política, de um ser político. Sendo assim, esta decisão somente pode emanar de uma Vontade Política, de uma vontade constituinte, ou seja, de uma vontade de constituir uma existência política, de um certo modo, de acordo com certas regras. Essa vontade constituinte é o Poder Constituinte (1991, p. 197, 199).

Do exposto, já se poderia deduzir quem é o titular desse Poder de constituir o Estado. Segundo Canotilho, a resposta para a questão da titularidade do Poder Constituinte, modernamente, só pode ser uma resposta democrática. Somente o povo pode decidir sobre a conformação de sua ordem político-social (2002, p. 75).

Embora o povo seja o titular, o detentor do Poder Constituinte, não é ele quem o exerce. Exercentes são aqueles que, em nome do povo, implantam o Estado e editam a Constituição. O exercício desse Poder pode-se dar através da eleição de representantes populares para integrar uma Assembleia Constituinte ou pela revolução, ou seja, onde um grupo revolucionário irá exercê-lo sem a participação direta do povo (TEMER, 1989, p. 33).

Quanto às espécies de Poder Constituinte, a doutrina costuma classificar em: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. No entanto, tendo em vista que a questão do Poder Constituinte derivado não guarda pertinência com o desenvolvimento do presente tema, trataremos, apenas, do Poder Constituinte Originário.

O Poder Constituinte Originário é o Poder que visa criar o Estado. Antes da manifestação desse Poder, o Estado da forma que foi positivado não existia, passando a existir, somente, a partir da elaboração da Constituição (TEMER, 1989, p. 35).

Segundo a doutrina, três são as características do Poder Constituinte Originário: inicial, autônomo ou ilimitado e incondicionado. Assim, o Poder Constituinte Originário é inicial, pois a sua obra, a Constituição, é a base da ordem jurídica (MORAES, 2004, p. 58). Já quanto à segunda característica do Poder Constituinte Originário (ilimitado ou autônomo), existem divergências na doutrina. Dependendo da corrente doutrinária este Poder será ilimitado ou autônomo. Embora haja divergência, todas as correntes doutrinárias entendem que ele é ilimitado em face do Direito Positivo. No entanto, para os positivistas, que entendem que o Direito só é Direito quando positivo, ele é completamente ilimitado, não possui qualquer tipo de limite. Já para os Jusnaturalista, ele não é ilimitado frente ao Direito Natural, possuindo limites, por isso, seria dotado apenas de autonomia (FERREIRA FILHO, 2002, p. 27). Por fim, o Poder Constituinte Originário é incondicionado, uma vez que não está sujeito a qualquer

formalidade para sua manifestação (MORAES, 2004, p. 58).

Questão de relevo para o desenvolvimento do presente tema e de grande discussão doutrinária é a da natureza Jurídica do Poder Constituinte. Uns entendem ser este um Poder de fato, outros, um Poder de direito. A doutrina nacional, na maioria das vezes, traz as posições antagônicas de dois renomados doutrinadores brasileiros: Celso Antônio Bandeira de Mello e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Celso Antônio Bandeira de Mello não reconhece o Poder Constituinte Originário como um Poder de direito, tendo em vista suas características de ilimitado e incondicionado. Para este mestre, o Poder Constituinte Originário não tem como referência nenhuma norma jurídica, ele é pré-jurídico, ilimitado, precede à formação do Direito ([20-?] apud Bastos, 2001, p. 25).

Posicionamento contrário é o de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Para este mestre, a questão da natureza jurídica do Poder Constituinte Originário é o próprio problema do fundamento do Direito, uma vez que o Direito Positivo (no sentido de direito posto pelo Estado) se subordina à Constituição e o fundamento desta é o fundamento de todo o Direito Positivo. Segundo Gonçalves, o Direito não se resume ao Direito Positivo, existe um Direito anterior e superior ao Direito do Estado, o Direito Natural. Por isso, o Poder Constituinte Originário, é um poder de Direito (FERREIRA FILHO, 2002, p. 22-23).

Dessa forma, caso se entenda que o Poder Constituinte Originário é um Poder de Direito, subordinado ao Direito Natural, abrir-se-á oportunidade para o reconhecimento de Normas Constitucionais Inconstitucionais.

3. Teoria das normas constitucionais inconstitucionais

Antes de analisarmos a Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais, cabe transcrever o pensamento de Chaim Perelman, que foi traduzido para o português pelo professor Plauto Faraco de Azevedo, quanto a Teoria da Argumentação (1993 apud ESTRELLA, 2004, p. 139-166) “A argumentação tem o seu sentido no verossímil, no plausível e no provável, escapando estes à certeza de um cálculo exato de que resulte uma única solução justificável em termos absolutos [...]”

Não se pode afirmar que na ciência do Direito a Teoria da Argumentação não tenha acolhida. De fato, o Direito é uma das ciências onde a Argumentação se faz mais presente, tornando-se ferramenta indispensável à disposição do jurista.

Quem bem descreve a utilidade deste instrumento para o jurisconsulto é André Luiz Carvalho Estrella:

A Teoria da Argumentação não nos deixa sucumbir às forças irracionais, aos canhões do poder, às vontades impostas, enfim, à violência. Pelo contrário, coloca à nossa disposição ferramentas de muita utilidade. Serviço do Direito, colima a repulsa a qualquer ato belicoso, que possa, por vias até oblíquas, despojar o intérprete do Direito de seus apetrechos necessários ao combate à opressão ou qualquer forma de tolhimento dos valores intrínsecos e essenciais pertencentes ao homem, por ser o próprio homem a maior fonte desses valores. (2004, p. 139-166).

À primeira vista, para alguns, a Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais pode parecer uma aberração, no entanto não se deve esquecer que se trata de tema pertinente à ciência do Direito onde tem refúgio a Teoria da Argumentação.

Para uma melhor compreensão do tema versado e de sua atualidade, se faz mister um breve levantamento das origens desta teoria, de seu contexto histórico, de sua influência no ordenamento jurídico alemão, de sua pertinência no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil, das origens da Assembleia Nacional Constituinte e da Constituição Federal de 1988.

A teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais surgiu na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. Com a derrota na Primeira Grande Guerra, a Alemanha se impôs um Estado de não-direito, alicerçado em bases discriminatórias e preconceituosas, que não correspondiam aos anseios primários de um poder legítimo e justo. Após o holocausto, com a derrocada do Nazismo, os juristas da época ficaram incumbidos de reformular toda a Ordem Jurídica Constitucional alemã com o objetivo de criar um Estado Social de Direito. Sendo assim, foi nesse contexto de transição de um Estado Totalitário para um Estado Social de Direito que o professor alemão Otto Bachof apresentou suas ideias sobre as Normas Constitucionais Inconstitucionais, em uma conferência em Heidelberg, na data de 20 de julho de 1951 (ESTRELLA, 2004, p. 139-166).

Estes acontecimentos provocaram reação, e, após a Segunda Grande Guerra, viu-se o ressurgimento do jusnaturalismo com a ideia de um Direito anterior e superior ao Direito estatal, imanente a todos os seres humanos.

Esta concepção jusnaturalista começou a se refletir nos Tribunais alemães. Na data de 02/11/1949, o Tribunal Administrativo de Württemberg-Baden declara, em uma decisão, que a possibilidade de um tribunal estar autorizado a recusar aplicação a uma norma constitucional poderá dar-se, quando muito, no caso de essa norma infringir de maneira tão evidente os

princípios basilares da lei moral e da justiça. Na data de 16/03/1950, do acórdão do Tribunal Administrativo do Land de Lüneburg, infere-se uma distinção entre direito constitucional formal e material ao declarar que em momento ulterior deverá se aferir se determinado dispositivo da Constituição não deve ser considerado inaplicável por incompatibilidade com normas materiais básicas da mesma Lei Fundamental. Na data de 24/04/1950, o Tribunal Constitucional da Baviera, em uma de suas decisões, se afasta de um conceito de Constituição puramente formal e inclui o próprio direito suprapositivo na Constituição como padrão de controle (a decisão deste tribunal será melhor comentada em momento oportuno). Na data de 13/11/1950, o Tribunal Administrativo de Württemberg-Baden, em uma decisão, afirma ser eventualmente possível uma norma da Constituição violar direito suprapositivo, já positivado na Constituição. Por fim, na data de 15/03/1951, o Supremo Tribunal Federal alemão, em acórdão, deixa em aberto a questão de se saber se os Tribunais podem efetuar o controle de normas constitucionais que infrinjam direito supralegal e se, em face desta infração, estas normas seriam ineficazes (BACHOF, 1994, p. 19-24).

Em 20 de Julho de 1951, Otto Bachof apresenta as suas ideias sobre as Normas Constitucionais Inconstitucionais. Vê-se que, quando do advento da obra do autor supracitado, já havia rumores nos Tribunais alemães quanto à existência de um Direito supralegal com o qual a própria Constituição deveria guardar coerência.

Dos Tribunais citados anteriormente, destaca-se o Tribunal Constitucional da Baviera. Referido Tribunal, em decisão de 24/04/1950, dispôs que:

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 infracção deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas [...]. (1950 apud BACHOF, 1994, p. 23).

Da decisão deste Tribunal verifica-se claramente o reconhecimento de um Direito anterior, superior e vinculativo ao Direito estatal e ao Poder Constituinte originariamente político, sendo nula a disposição da Constituição que o contrariasse. Tal entendimento é uma salvaguarda contra o arbítrio.

Trazendo o tema para a realidade brasileira, deve-se, agora, fazer uma breve análise histórica e crítica sobre a criação da Constituição brasileira de 1988.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com base na doutrina do Poder Constituinte e não em posições políticas sem fundamento científico, a Constituição de 1988 é fruto do Poder Constituinte Derivado. Para este autor, tendo em vista que a Constituinte de 1987 foi convocada por intermédio da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição anterior - a Constituição de 1967 - e que esta Emenda estabelecia que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal - representantes políticos, à época, da velha ordem - deveriam se reunir unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, com o fim de elaborar a Constituição de 1988, não teria havido a ruptura revolucionária que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte Originário (2002, p. 31-32).

Tais considerações levantam dúvidas quanto à legitimidade da Constituinte de 1987 e, por conseguinte, de seu fruto, a Constituição de 1988.

Será que o povo brasileiro estava legítima e democraticamente representado por esta Assembleia? Será que esta Assembleia Nacional Constituinte teria legitimidade para romper com a velha ordem e instituir uma nova?

Intrigante observação faz também Celso Ribeiro Bastos. Segundo este professor, a Assembleia Nacional Constituinte instalou-se em 1º de fevereiro de 1987 sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. Para iniciar a elaboração da Constituição de 1988 foram criadas 24 subcomissões que eram obrigadas a trabalhar sem que houvesse qualquer aprovação prévia de diretrizes fundamentais. A maioria dos parlamentares era absolutamente inexperiente e despreparada para a tarefa constitucional. No meio dos trabalhos da Constituinte, percebeu-se que a maioria dos parlamentares estava praticamente excluída do efetivo processo decisório, e não se sabia explicar porque o Projeto de Constituição, encaminhado pela Comissão de Sistematização ao Plenário, contava com uma presunção de aprovação, sendo necessário, para que fosse derrubado qualquer dispositivo seu, a maioria absoluta do Congresso, ou seja, duzentos e oitenta parlamentares, contrariando o disposto na Emenda Constitucional, que convocou a Assembleia e que dispunha que, em matéria constitucional, nada seria decidido sem aprovação da maioria absoluta da Casa. O autor explica que somente a crise da qual o Brasil, ainda, não havia se livrado definitivamente, poderia explicar que um grupo minoritário dentro do Congresso tentasse fazer prevalecer a sua vontade contra a da maioria. Por fim, com a aproximação dos pleitos municipais, a Constituinte adotou um sistema de trabalho denominado “concentrado”, trazendo consigo uma dose de precipitação e inconsciência, surgindo, ao final, um clima festivo que não se sabe explicar se

era a sensação de um bom trabalho realizado ou se era o alívio de ver terminado o que já tinha se tornado um verdadeiro pesadelo (2001, p. 153-156).

Em que pese tais observações, a Carta Constitucional de 1988 é um avanço, porém, não é perfeita ao ponto de dispensar um controle por parte dos titulares do Poder Constituinte.

Com efeito, certos dispositivos da Constituição de 1988, instituídos pela Assembleia Nacional Constituinte, vêm sendo questionados e, certamente, não resistiriam a um referendo popular. Como exemplo de questionamento, cita-se o do Tribunal de Justiça de São Paulo que, considerando a possibilidade de existir originariamente normas constitucionais inconstitucionais, deu-se por competente para julgar matéria dessa natureza, decidindo que os arts. 5º e 100 da Constituição Federal devem prevalecer sobre o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT, sob pena de ser violado todo o sistema quanto ao processo de desapropriação e o art. 5º. da Constituição, que dispõe que todos são iguais perante a lei (1990 apud Silva, 1999, p. 99-122).

Sendo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fruto do Poder Constituinte Originário, ao declarar a inaplicabilidade do art. 33 da ADCT em face dos arts. 5º e 100 da Constituição Federal, o Tribunal de Justiça de São Paulo, com o intuito de fazer valer a verdadeira justiça, uma vez que o Direito não é Lei e nem sempre a Lei é justa, reconheceu a prevalência de princípios superiores como o da Igualdade.

Com efeito, caso reconhecesse aplicabilidade ao art. 33 da ADCT, não estaria este Nobre órgão cumprindo a sua função, a de fazer justiça, estaria sim, fazendo injustiça, tratando de forma desigual pessoas iguais em situações iguais.

A questão das Normas Constitucionais Inconstitucionais, também, já chegou ao Supremo Tribunal Federal-STF. A Ação Direta de Inconstitucionalidade-Adin nº 815-3, proposta pelo Governador do Rio Grande do Sul, questionava a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição de 1988, que dispõem sobre a composição da Câmara dos Deputados, estatuinto, em suma, que nenhuma unidade da Federação terá menos de 8 e mais de 70 Deputados e que cada território elegerá quatro Deputados. O Governador deste Estado alegou que o mencionado dispositivo constitucional estaria a ferir princípios constitucionais superiores, insertos na Constituição como cláusulas pétreas, e que, por serem Direitos supraleais positivados, seriam hierarquicamente superiores. Os princípios violados seriam: o da Igualdade (art. 5º da CF/88), da Igualdade do Voto (art. 14 da CF/88), do exercício, pelo povo, do poder (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), da cidadania (art. 1º, inciso II, da CF/88), da Democracia (art. 1º da CF/88) e do Regime Federativo. Ressaltou ainda o chefe do

Executivo Gaúcho, que havia uma real desproporção e discriminação na divisão existente entre a população do país, participação no PIB e composição do Congresso Nacional. Como exemplo, demonstrou que a região Sul/Sudeste detém 57,7% da população do país e compõe 45% do Congresso Nacional, enquanto a região Norte/Nordeste detém 42,3% da população e compõe 54,3% do Congresso Nacional. Esta Adin foi tratada como *leading case* pelo Supremo Tribunal Federal-STF (ESTRELLA, 2004, p. 139-166).

Há que se ressaltar que há entendimento doutrinário na mesma linha de argumentação do Governador do Rio Grande do Sul. Com efeito, assevera José Afonso da Silva:

Essa expressão – *voto com valor igual para todos*, constante do art. 14 – é mais do que a simples relação de igualdade de voto entre eleitores. Ela, além do princípio *one man, one vote*, traz a idéia da igualdade regional da representação, segundo a qual a cada eleito, no País, deve corresponder o mesmo número ou um número aproximado de habitantes. Contraria a regra do valor igual o fato de que um voto, por exemplo, no Acre, vale cerca de vinte vezes mais do que um voto em São Paulo, pois para se eleger um Deputado Federal naquele bastam cerca de dezesseis mil votos enquanto neste são necessários aproximadamente trezentos mil votos. (2003, p. 352).

Apesar de flagrante a desigualdade, a injustiça, o arbítrio na elaboração da Carta Política, o Supremo Tribunal Federal-STF julgou pela impossibilidade jurídica do pedido:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe 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. (ADI 815, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28-03-1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312)

O art. 1º da Constituição Federal dispõe que este é um Estado Democrático de Direito,

tendo como um de seus fundamentos, a soberania popular.

Mas que Democracia é esta onde a voz da maioria é silenciada pela da minoria? E que Estado Democrático de Direito é este, onde a casa legislativa não é democraticamente constituída? Que soberania popular é esta? Afinal, que Estado é este?

Já dizia Karl Schmid, no Congresso Jurídico de Constança, em 1947:

Temos que aprender de novo que a justiça está antes do direito positivo e que são unicamente as suas categorias intocáveis pela vontade dos homens que podem fazer das leis direito – seja o legislador quem for, um tirano ou um povo. (1947 apud BACHOF, 1994, p. 45).

Do exposto, verifica-se a pertinência do tema versado no Direito brasileiro, sendo, inclusive, conforme visto, objeto de uma Adin julgada pelo Supremo Tribunal Federal-STF, onde se questionava a justiça de determinados dispositivos constitucionais.

Dessa forma, cabe a seguinte indagação, o que aconteceria se a norma constitucional violasse o Direito Natural?

Segundo Celso Ribeiro Bastos:

Dos atos jurídicos infraconstitucionais cobra-se a legalidade. Devem eles estar de acordo com o preceituado formalmente e, se for o caso, materialmente em nível hierárquico superior.

Das Constituições, por seu turno, é cobrada legitimidade, que vem a ser a maior ou menor correspondência entre os valores e as aspirações de um povo e o constante da existente Constituição.

Constata-se assim que a Constituição não se contenta com a legalidade formal, requerendo uma dimensão mais profunda, a única que a torna intrinsecamente válida. Assim sendo, uma Constituição não representa uma simples positivação de poder. É também uma positivação de valores jurídicos. (2001, p. 21).

Diferencia-se, assim, a legalidade da legitimidade. Com efeito, estando a Constituição no ápice do ordenamento jurídico positivo, não havendo nenhuma norma jurídica positiva acima dela, não há como se cobrar desta o que é cobrado às demais normas positivadas. No entanto, exige-se dela legitimidade.

Quanto à legitimidade, José Horácio Meirelles Teixeira a desdobra em legitimidade formal, relativa à origem da Constituição, e legitimidade material, relativa ao conteúdo da Constituição. No que tange à legitimidade formal, para a Constituição ser legítima, o Poder Constituinte deve representar a aprovação da Nação, a Constituição deve se originar do livre consentimento, da livre vontade da Nação. Por sua vez, no que se refere à legitimidade material, tendo em vista que a Constituição deve visar aos fins superiores do Estado e do Direito, como

a realização da Justiça e do Bem Comum, esta não pode desconhecer a personalidade humana, os seus direitos inalienáveis, e os supremos princípios da Justiça e do Direito Natural. Sendo assim, a Constituição que renegasse tais preceitos em seu conteúdo seria ilegítima (1991, p. 219-221).

Isto posto, passa-se a análise da Constituição de 1988 sob os aspectos da legitimidade formal e material.

No que diz respeito à legitimidade formal, a Constituição deve ser fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana que possua a aprovação popular e reflita a livre vontade deste povo. Com efeito, a Constituinte de 1987 foi convocada pela Emenda Constitucional nº 26 de 1985 que dispunha em seu art. 1º que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal deveriam reunir-se, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. No entanto, salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o texto deste dispositivo é propositalmente enganoso, pois, ao se falar em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, queria-se, intencionalmente, dar a ideia de que haveria manifestação do Poder Constituinte Originário, porém tal não ocorreu, uma vez que inexisteu a ruptura revolucionária que normalmente condiciona a manifestação deste Poder (2002, p. 31).

Quanto à legitimidade material, uma vez que os fins superiores do Estado e do Direito são a realização da Justiça e do Bem Comum, os preceitos constantes do texto constitucional não podem violar os supremos princípios do Direito Natural.

Conforme foi visto anteriormente, há preceitos da Constituição Federal de 1988 que violam princípios do Direito Natural e, portanto, de acordo com o exposto, são ilegítimos.

Por fim, há que se fazer uma distinção entre inconstitucionalidade e ilegitimidade. A inconstitucionalidade é a contradição material ou formal entre um ato normativo e uma disposição da Constituição, enquanto a ilegitimidade se encontra em um plano de maior abrangência, sendo vinculante e transcendendo a Ordem Jurídica, a própria Constituição. Sendo assim, esta deverá estar alinhada com a Ordem de Valores essenciais de um povo, sob pena de ser tida como ilegítima a norma constitucional desobediente (ESTRELLA, 2004, p. 139-166).

Verifica-se, assim, ser mais técnico falar-se em normas constitucionais ilegítimas do que em Normas Constitucionais Inconstitucionais. Todavia em homenagem à obra original de Otto Bachof, não será mais feita esta ressalva.

Neste ponto, pertinente é a mensagem de André Ramos Tavares:

A criação de uma Constituição por um grupo de homens alienados e apartados da realidade daqueles a quem ela se dirigirá, ou que ignorem a condição e o anseio de seus compatriotas, só pode reverter em verdadeira tirania, ainda que camuflada sob as vestes de um constitucionalismo democrático. (2003, p. 38).

Neste desiderato, a Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais visa retirar do ordenamento jurídico as normas constitucionais que não reflitam os anseios de seu povo.

Dado o problema, qual seria a solução?

Na falta de um sistema adequado de controle para estas situações, André Luiz Carvalho Estrella propõe um sistema misto de controle de legitimidade das normas constitucionais que teria duas fases. A primeira fase teria início com a propositura de uma Ação Declaratória de Legitimidade da Norma Constitucional perante um Tribunal Constitucional, que não teria apenas a função de guardar a Constituição, mas também a de proteção da Ordem de Valores supralegais. A legitimidade ativa para a propositura desta Ação ficaria a cargo dos Chefes dos Poderes Executivos e Legislativo Federal e Estadual, do Procurador Geral da República, das entidades de classe com representatividade nacional e da iniciativa popular, com a participação de pelo menos cinco Estados da Federação. Na segunda fase, sendo declarada ilegítima a norma constitucional, o Tribunal Constitucional remeteria o processo ao Congresso Nacional, que realizaria uma consulta popular por meio de um referendo. Assim, devolver-se-ia ao titular do Poder Constituinte, o povo, o poder de alterar a sua Constituição, decidindo sobre a permanência ou alteração da norma constitucional em vigor (2004, p. 139-166).

4 Considerações finais

O estudo abordou a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, mesmo quando oriundas do Poder Constituinte Originário. Partindo da distinção entre Direito Natural e Direito Positivo, demonstrou-se que o primeiro, anterior e superior ao segundo, impõe-se como fundamento de validade para a Constituição e limite à atuação do legislador constituinte. A Constituição, enquanto expressão do Direito Positivo, deve refletir os princípios essenciais do Direito Natural, sob pena de perder sua legitimidade.

Analizou-se o conceito de Poder Constituinte Originário, reconhecendo-se sua autonomia, mas não sua ilimitabilidade, dado que permanece submetido a princípios superiores de justiça e direitos fundamentais inalienáveis. A partir disso, examinou-se a Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais.

Concluiu-se que, diante da existência de um Direito anterior ao Direito Positivo e da falibilidade humana no exercício do poder constituinte, é juridicamente admissível a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais, especialmente quando estas afrontam valores fundamentais consagrados pelo Direito Natural.

Referências

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARDOSO, Otávio Ferreira. **Introdução ao estudo do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. Normas Constitucionais Inconstitucionais (Verfassungswidrige Verfassungsnormen). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 139-166, abr/jun 2004.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional Moderno**. T. I. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SILVA, Dimas Salustiano da. Teoria das Normas Constitucionais “Inconstitucionais: Pressupostos, Repercussões e Inexeqüibilidade no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo & Comercial**. Curitiba: Juruá, n. 1, p. 99-122, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.