

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

JOSÉ LEONARDO DE SOUZA LIMA JÚNIOR

**TEORIA DA PREVALÊNCIA DAS NORMAS
MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA UNIDADE
CONSTITUCIONAL**

JOÃO PESSOA

2011

JOSÉ LEONARDO DE SOUZA LIMA JÚNIOR

**TEORIA DA PREVALÊNCIA DAS NORMAS MATERIALMENTE
CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNIDADE
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito
do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área: Hermenêutica Constitucional

Orientador: Prof. Martsung Formiga
Cavalcante R. de Alencar.

JOÃO PESSOA

2011

Lima Júnior, José Leonard de Souza.

L732t Teoria da prevalência das normas materialmente constitucionais na aplicação do princípio da unidade constitucional. / Vítor Pedro Lira de Andrade. – João Pessoa, 2011.
45f.

Monografia (Graduação) – UFPB/CCJ, 2011.

Orientador: Prof. Martsung Formiga Cavalcante R. de Alencar.

1. Hermenêutica constitucional. 2. Princípio da unidade da constituição. 3. Normas materialmente constitucionais como princípios.

CDU – 342.4

JOSÉ LEONARDO DE SOUZA LIMA JÚNIOR

**TEORIA DA PREVALÊNCIA DAS NORMAS MATERIALMENTE
CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNIDADE
CONSTITUCIONAL**

Banca Examinadora:

PROFESSOR MESTRE MARTSUNG FORMIGA CAVALCANTE R. DE ALENCAR

PROFESSOR DOUTORANDO FÁBIO BEZERRA DOS SANTOS

PROFESSORA DOUTORA LUIZA ROSA BARBOSA DE LIMA

JOÃO PESSOA

2011

Dedico este trabalho, inicialmente, a dois sábios anciãos, mestres da vida, Josefa Dario de Farias (vovó) e José Correia Lima Sobrinho (padrinho-avô), com os quais convivi mais da metade de minha vida. Que Deus os receba e lhes proporcione muita paz, pois sou testemunha do grande amor que semearam, enquanto permaneceram aqui na Terra.

Dedico aos meus pais, José Leonardo de Souza Lima e Maria Dasdores Dario de Souza Lima, pelo amor e dedicação em prol da educação da família, elemento essencial, que sempre me fortaleceu e me fez seguir em frente; a minha esposa, Aline Cristina Lira de Souza Lima, minha amiga, minha conselheira, meu anjo da guarda, meu amor; ao meu irmão Emerson Dário Correia Lima, meu segundo pai, jurista excepcional, pessoa mais generosa que conheço; a minha querida e linda irmã Camila Dário Correia Lima, minha segunda mãe, modelo de inteligência, disciplina e dedicação e; ao meu irmão Felipe Dario Correia Lima, personalidade forte e genialidade peculiar. Com ele aprendi a respeitar as diferenças, fator essencial na formação da minha personalidade. A minha tia Sônia Dario, pela dedicação e amor para conosco.

Dedico aos amigos que contribuíram, em diversas fases de minha vida, para meu progresso, quais sejam, Bento Antonino Neto (amigo irmão), Alexandre Maciel Chaves (gratidão especial), André Braz, Cristiano Braz, Douglas R. Pinto Mota, Heydrich D. Nóbrega de Queiroz, Pedro Antonino, José Arimatéia Júnior (Big), Edvan dos Santos (admiração, respeito, grande amigo), Alan Sânzio de Oliveira (*bon vivant*), João Bosco Abrantes Júnior, Gerson Neto (Ponka), Bruno Antonino e Castanheta (Cleriston).

Aos companheiros guerreiros Giovanny Roncally, Adailton Barbosa, Michael de Lima, Eli Wanderley, Nivaldo Cariri Filho, Lenildo Ferreira, Marinaldo Ferreira, Paulo Vasconcelos e Helder Alves, Mário Valério, Josemar Júnior, Gessé Patriota, Antônio Félix (D'Quinca), Fabrício Rodrigues, Vidal, Cícero, Cícera, D. Graça e Índio.

Aos amigos que fiz na UFPB, Antônio Rafael Diniz Pinheiro, Antônio Eudes Nunes da Costa Filho, Cleodon Bezerra Leite Filho e Moacir de Lima R. Júnior.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade desta vida, pela luz que me ilumina. A Jesus, pelos seus ensinamentos de amor, modelo de perfeição a ser seguido. Único modo de atingir a paz e felicidade absoluta. Aos meus anjos de guarda, espíritos de luz, pela proteção e pelas sugestões que sempre me guiam pelo caminho certo.

Agradeço a contribuição de todos os professores e juristas que tive a oportunidade de conhecer e estudar, pois cada idéia, certa ou errada, foi importante para construção do que penso hoje, e que deu ensejo a este trabalho.

Agradeço ao Professor Martsung Alencar, orientador, por aceitar ser parte deste trabalho e acreditar nesta proposta acadêmica, onde sua orientação foi providencial para manutenção da coerência e clareza das idéias apresentadas.

Agradeço aos membros da banca examinadora, Professor Fábio Bezerra dos Santos, que expediu voluntariamente algumas orientações iniciais ao projeto, e a Professora Doutora Luíza Rosa Lima, profissional reconhecida pelo vasto conteúdo jurídico. Assim, este trabalho só tem a se enriquecer perante a crítica dos ilustres membros, que ao avaliarem, contribuirão para o aprimoramento da ideia defendida.

Por fim, sou grato a todos as pessoas que participaram, em alguma fase, da minha vida, pois pouco ou muito, contribuíram para construção da minha subjetividade.

"Quando você perceber que, para produzir, precisa obter a autorização de quem não produz nada; quando comprovar que o dinheiro flui para quem negocia não com bens, mas com favores; quando perceber que muitos ficam ricos pelo suborno e por influência, mais que pelo trabalho, e que as leis não nos protegem deles, mas, pelo contrário, são eles que estão protegidos de você; quando perceber que a corrupção é recompensada, e a honestidade se converte em auto-sacrifício; então poderá afirmar, sem temor de errar, que sua sociedade está condenada".

Ayn Rand (1920) filósofa russo-americana.

RESUMO

Trata-se de uma análise da distinção entre o real sentido do princípio da unidade constitucional e a forma como o mesmo é compreendido e aplicado pelos intérpretes da Suprema Corte do Brasil. Aborda-se as seguintes questões: a hermenêutica constitucional, diante de aparentes contradições normativas, teria instrumentos suficientes, completos, que possibilitassem uma justa interpretação em todos os casos possíveis? a aplicação do princípio da unidade constitucional, em sua compreensão adotada pelos Tribunais brasileiros, teria conseguido preencher o vazio existente em determinadas situações de aparentes contradições? Existiria outro aspecto dentro do princípio da unidade constitucional, capaz de prover completamente a necessária interpretação para evitar uma rachadura na unidade do ordenamento jurídico do Estado brasileiro? Todo o trabalho é desenvolvido no sentido de responder as questões acima, com o fim de proporcionar uma ideia que poderá ser inserida perante a aplicação do questionado princípio. De fato, é uma tese que surge como uma via racional, a ser utilizada, quando necessário. Então, a teoria da prevalência das normas materialmente constitucionais tem como fundamento a distinção entre as normas materialmente constitucionais, estas consideradas como princípios maiores, e aquelas normas constitucionais estabelecidas por meras questões formais, tomadas como simples regras. Neste sentido, as primeiras normas sempre prevaleceriam sobre as segundas, quando, diante de aparentes antinomias, houvesse a necessidade da aplicação do princípio da unidade constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Constitucional. Princípio da unidade da constituição. Normas materialmente constitucionais como princípios. Normas formalmente constitucionais como regras. Prevalência das normas materialmente constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS.....	14
2 A NORMA FUNDAMENTAL – TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS Kelsen.....	16
2.1 Significado da norma fundamental.....	17
2.2 A constituição e a norma fundamental.....	18
3 DA HERMENÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	21
4 O PROCESSO DE ATUALIZAÇÃO DAS CONSTITUÇÕES.....	24
5 DA COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS.....	05
5.1 As normas materialmente constitucionais e os princípios fundamentais.....	29
6 DAS NORMAS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS E FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS.....	32
7 TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS.....	34
8 DO PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi formulado a partir de uma discussão a respeito da interpretação das normas constitucionais, atividade que no Brasil é quase que monopolizada pela suprema corte do país.

Grandes juristas, os mais renomados, que compõem aquele colegiado decidem diariamente os destinos da Nação, tentando buscar o verdadeiro sentido do texto normativo da Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, utilizam os métodos e os princípios desenvolvidos a partir da hermenêutica constitucional.

Neste esteio, surgiu a vontade de contribuir, mesmo que a partir de uma ideia pouco ressoante, com um pensamento que possa complementar o entendimento daqueles intérpretes. Trata-se de uma tese acadêmica que apresenta fundamentos importantes a serem utilizados por qualquer jurista, a fim de dirimir contradições existentes em qualquer ordenamento jurídico.

Trata-se de uma teoria que tem por objetivo fornecer diretrizes interpretativas para o fortalecimento do sistema normativo do Estado, expondo pontos críticos perante a hermenêutica constitucional e propondo paradigmas de proteção da sociedade, com o fim de evitar, como diria STRECK (2011:RMC), possíveis “constrangimentos epistemológicos”, ou seja, decisões claramente equivocadas.

A ideia abordada surge da compreensão da unidade do ordenamento jurídico e da “*norma fundamental*”, idealizada por Hans Kelsen. Quando se pretendeu estabelecer as normas para construção do Estado de Direito, a Constituição seria a carta normativa equivalente à “*norma fundamental*”.

Assim, na Constituição estariam apenas os preceitos essenciais à estruturação e funcionamento do Estado. Nesta fase, o texto normativo seria composto estritamente por normas essencialmente constitucionais, baliza principiológica intransponível, invulnerável e suficiente. As demais normas surgiriam

por decorrência daquelas, e logicamente, obrigar-se-iam a manter completa coerência com seus preceitos normativos.

Pois bem, trata-se de uma análise da distinção entre o real sentido do princípio da unidade constitucional e a forma como o mesmo é compreendido e aplicado pelos intérpretes da Suprema Corte do Brasil.

Assim, este trabalho é desenvolvido sobre as seguintes questões: a hermenêutica constitucional, diante de aparentes contradições normativas, teria instrumentos suficientes, completos, que possibilitassem uma justa interpretação em todos os casos possíveis? a aplicação do princípio da unidade constitucional, em sua compreensão adotada pelos Tribunais brasileiros, teria conseguido preencher o vazio existente em determinadas situações de aparentes contradições? Existiria outro aspecto dentro do princípio da unidade constitucional, capaz de prover completamente a necessária interpretação para evitar uma rachadura na unidade do ordenamento jurídico do Estado brasileiro?

A busca de uma tese para responder as questões acima tem o fim de proporcionar uma ideia que poderá ser inserida perante a aplicação do questionado princípio. De fato, é uma proposta que surge como uma via racional, a ser utilizada, quando necessário. Então, a teoria da prevalência das normas materialmente constitucionais tem como fundamento a distinção entre as normas materialmente constitucionais, estas consideradas como princípios maiores, e aquelas normas constitucionais estabelecidas por meras questões formais, tomadas como simples regras. Neste sentido, as primeiras normas sempre prevaleceriam sobre as segundas, quando, diante de aparentes antinomias, houvesse a necessidade da aplicação do princípio da unidade constitucional.

Os referidos questionamentos que norteiam este trabalho surgem a partir de possíveis equívocos interpretativos, que têm gerado dúvidas em relação ao princípio da unidade constitucional. Pois da forma como está posto, hoje, há uma confusão em saber se o que está em jogo é a unidade de um “texto escrito num pedaço de papel”, ou a unidade do ordenamento jurídico real, válido para a sociedade no momento político, econômico e social vivido.

Com a finalidade de apresentar uma solução para os questionamentos levantados, buscou-se neste estudo, uma análise aprofundada ao questionado princípio, bem como, dos demais instrumentos fornecidos pela hermenêutica constitucional, e como consequência deste empenho, conseguiu-se, com muita cautela, obter uma percepção que deu ensejo a presente teoria.

Para desenvolvê-la procede-se, inicialmente, a um delineamento histórico da construção das Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Neste ponto é possível diferenciar características peculiares de Constituições desenvolvidas em diferentes Estados. Faz-se um contraponto entre as Constituições sintéticas e as prolixas.

Apresenta-se, em seguida, uma análise a respeito da Teoria Pura do Direito, desenvolvendo uma possível percepção do que Kelsen conceituou por “norma fundamental” e por unidade do ordenamento jurídico.

Adiante, passa-se a avaliar o conceito da hermenêutica constitucional, assim como, seus atuais instrumentos interpretativos, para que seja possível entender como se poderia introduzir nesse sistema a percepção interpretativa defendida neste trabalho.

Com o intuito de demonstrar a viabilidade de se utilizar a prevalência das normas materialmente constitucionais na aplicação do princípio da unidade constitucional, apresenta-se a distinção dos processos de atualizações das constituições. Neste momento verifica-se a facilidade da aplicação do princípio da unidade da constituição diante da atualização de Constituições que possuem um corpo textual sintético, essencialmente material. No entanto, a mesma facilidade não se mostra presente diante das Constituições que são atualizadas com a inserção de textos normativos, pois a presença de normas materialmente constitucionais, dispostas no mesmo patamar das meramente formais, algumas vezes, poderá gerar aparentes contradições. Explica-se, então, que é diante das Constituições extensas que surge a dificuldade de se manter coerência na aplicação do princípio da unidade constitucional. O presente trabalho tem então, o objetivo de possibilitar uma aplicação racional do referido princípio diante da interpretação deste tipo de Constituição.

Para se compreender a força que possui uma norma materialmente constitucional, há a necessidade de se conhecer o conceito de princípios e distingui-los das regras. Pois o presente trabalho defende que, numa constituição prolixa, as normas materialmente constitucionais seriam os princípios norteadores das demais regras, inclusive, das normas formalmente constitucionais.

Em seguida, compreendido o significado e a importância dos princípios, passa-se a definir e distinguir as normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais.

Para que haja uma convivência harmoniosa entre estas distintas normas constitucionais, há de se compreender que deve haver uma proporcionalidade em sentido estrito, um sopesamento, que possa, quando necessário, fazer prevalecer as normas materialmente constitucionais. Pois, sendo estas consideradas como princípios-normas, nada poderá contrariá-las.

Tal compreensão é motivo de teorias polêmicas como a das “normas constitucionais inconstitucionais” de Otto Bachof. Explica-se, no momento adequado, o teor desta referida teoria, pois, apresenta, em uma de suas hipóteses, uma ideia semelhante ao que se defende neste trabalho. No entanto, de antemão, adianta-se que a tese deste trabalho não aceita a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional.

Por conseguinte, expõe-se o princípio da unidade constitucional, ponto central do presente trabalho. Apresenta-se sua definição originária com sua respectiva finalidade. Neste ponto, faz-se uma análise crítica ao referido princípio, da forma como o mesmo é compreendido e aplicado por parte dos intérpretes autênticos brasileiros. Para explicar tal fato, toma-se como exemplo prático, um momento recente em que o mesmo foi aplicado. Esta situação trouxe a preocupação de atestar se realmente tal princípio estaria sendo aplicado de acordo com a finalidade para qual foi desenvolvido.

É exatamente neste momento de reflexão que se compreenderá em que consiste a teoria da prevalência das normas materialmente constitucionais.

Não há, com isso, a pretensão de apresentar uma solução infalível, completa, e suficiente para resolução do problema avençado. No entanto, trata-se de uma

teoria que surge pautada por uma percepção do autor em relação a vários conceitos e princípios, e que pode ser lapidada e desenvolvida para que seja possível atingir o máximo de efetividade. Insurge-se como um novo objeto tendente a compor o entendimento do que realmente vem a ser o princípio da unidade constitucional, fato que poderá enriquecer, ainda mais, os instrumentos da hermenêutica constitucional.

Quanto ao aspecto metodológico, todo o trabalho foi produzido a partir de uma pesquisa jurídico-epistemológica, pelo fato da mesma versar, em sua essência, sobre uma análise aprofundada da hermenêutica constitucional, onde se realizou uma avaliação crítica do princípio da unidade constitucional, com a pretensão de, timidamente, tentar preencher uma lacuna existente, a partir desta nova concepção para aplicação do apreciado princípio.

Adotou-se o método dialético de abordagem, pois se direcionou às contradições internas na interpretação e aplicação de um princípio adotado pelos intérpretes perante a apreciação da Carta Magna, que rege o ordenamento jurídico do Estado.

Para concretização do método de abordagem utilizou-se os métodos de procedimento histórico, comparativo e interpretativo. Realizou-se uma pesquisa que apontou os momentos em que o princípio da unidade constitucional foi insuficiente perante as necessidades do Estado. Neste esteio, fez-se um contraponto entre o referido princípio, e sua utilização como instrumento interpretativo.

Por fim, pretendendo alcançar os objetivos lançados neste trabalho, as técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica, tentando explicar o problema através da análise de literatura já publicada em livros, revistas, publicações diversas e imprensa escrita, que envolvem o tema em análise, bem como através da pesquisa legal, por meio de projetos, leis, normas, pesquisas na rede mundial de computadores, onde se tentou alcançar o máximo de informações.

Houve, em síntese, um pluralismo metodológico, uma confluência de vários métodos, técnica apreciável nas pesquisas atuais, para facilitar a compreensão das limitações constitucionais relacionadas aos princípios avançados neste trabalho.

Obteve-se meios que possibilitará a abertura da Hermenêutica Constitucional para este novo aspecto, que surge em defesa da unidade da Constituição vinculada

à harmonia entre a unidade do ordenamento jurídico e o modelo de Estado que o fundamenta, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

Inicialmente importa analisar os delineamentos históricos da formação dos diversos Estados. Embora tenham tido o mesmo propósito, levados pelas mesmas ideologias provenientes do iluminismo, da Revolução Francesa, onde passaram a fortalecer seus ordenamentos jurídicos para implantação do Estado Democrático de Direito, muitos seguiram linhas metodológicas distintas.

Deve-se ter conhecimento de que a juridicidade dos princípios passou por três fases: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. O pós-positivismo corresponde às Constituições promulgadas no final do século XX, que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que são a base de todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2003:264).

Os Estados que se pautaram pelo modelo positivista, linha mais próxima ao ideal Kelseniano, vinculados à unidade do ordenamento jurídico, e a ideia da Constituição como "*norma fundamental*", estabeleceram constituições sintéticas. Temos como exemplo maior, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787. Esta adquiriu incontestável força normativa capaz de transpor o tempo, incólume, e acompanhar as necessidades do Estado ao longo de sua história. Trata-se de uma Carta concisa, constituída unicamente por normas materialmente constitucionais.

Noutra direção, muitos países tiveram a necessidade de expandir suas constituições com normas além do núcleo material, necessário para sua estruturação, surgindo às constituições prolixas, também conhecidas como analíticas ou extensivas.

A teoria defendida neste trabalho não tem o intuito de impor uma visão qualitativa perante as distintas extensões das Cartas Políticas dos Estados. Não há como afirmar qual modelo seria o ideal, pois cada Estado possui sua história, suas peculiaridades culturais, e têm, em nome de sua soberania, a total liberdade de se amoldarem aos seus anseios, da forma que bem entendam.

A cultura de cada povo é o fator que determina o desenvolvimento do processo Constituinte de cada Nação. A consciência de cidadania, a luta pela garantia de direitos do homem, provenientes dos ideais iluministas que eclodiram na América do Norte, na Carta de 1787 dos EUA, mesmo ideal que deu ensejo à Revolução Francesa em 1789, com a formulação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não vinculou, uniformemente, o mesmo pensamento junto aos demais Estados, que naquele momento, continuaram sua existência submetidos ao absolutismo, como é o caso do Brasil, que muito tempo depois, conseguiram estabelecer o Estado Democrático de Direito.

Por este fato, os modelos adotados pelos Estados, ao estabelecerem os preceitos que norteariam seus ordenamentos jurídicos, possuem peculiaridades específicas que fundamentam a necessidade ou não de textos sintéticos ou prolixos.

Por esta análise, surgem dois problemas a serem debatidos. Primeiro, quando a Constituição é composta apenas por preceitos essenciais à estruturação e funcionamento do Estado, há, por consequência lógica, uma sobrevalorização do Poder Judiciário, ao qual cabe interpretar e extrair daquele texto, a norma válida para cada momento histórico, político, econômico e social. Neste caso, os outros Poderes têm, de certa forma, ameaçada sua independência, ficam submetidos ao entendimento de um pequeno grupo que compõe a Suprema Corte.

Por outro lado, os Estados que possuem Cartas prolixas, extensas, em muitos momentos, têm a unidade do ordenamento jurídico ameaçada. Tal fato ocorre pelo surgimento de aparentes antinomias, seja na esfera dos princípios, seja entre as regras. A amplitude dos preceitos dispostos numa Constituição pode causar um colapso no sistema hermenêutico, que poderá ficar sem instrumentos eficazes para resolver determinadas questões. São situações como essas que serão abordadas no decorrer do raciocínio deste trabalho, buscando implementar uma alternativa para a resolução dos supostos conflitos avençados acima.

2 A NORMA FUNDAMENTAL – TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN.

A Teoria Pura do Direito surge para explicar o ordenamento jurídico e sistematizar o conjunto de normas jurídicas que o compõe. Esta Teoria fez uma formulação esquemática da norma fundamental de um ordenamento jurídico único (KELSEN, 2006:97). Para isso, buscou responder qual seria o fundamento para a unidade de uma pluralidade de normas jurídicas, e por que determinada norma jurídica pertence a um determinado ordenamento jurídico.

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento, quando sua validade pode ser atribuída a uma única norma, como fundamento único dessa validade. Essa norma fundamental, como fonte comum, constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento. Para que uma norma pertença a determinado ordenamento, precisa adquirir validade perante esse ordenamento. E tal fato só ocorre se ela mantiver coerência com a referida "*norma fundamental*". (KELSEN, 2006:94)

A partir daí, realiza-se uma concatenação de idéias que vão se estruturando, fundamentando a origem e existência das normas, uma decorrente de outra. Ou seja, cada norma do ordenamento teria sua origem em outra que sempre a fundamenta.

Segundo KELSEN (2006:96), caso se referirem as normas de um sistema jurídico a uma norma fundamental, isso acontece de modo a mostrar que a criação da norma singular corresponde à da norma fundamental. Perguntando-se por que determinado ato coercitivo, como, por exemplo, o ato de um indivíduo prive o outro de liberdade, encarcerando-o numa prisão, é um ato jurídico e, portanto, pertencente a determinado ordenamento jurídico, assim será a resposta: porque esse ato foi prescrito através de determinada norma individual por uma sentença judicial.

Segue o raciocínio com a seguinte indagação: por que essa norma individual vale, e justamente como parte de um ordenamento jurídico bem determinado? E responde que corresponde a uma lei do código penal. Na sequência, ao buscar a validade do Código Penal, chega-se à Constituição do Estado, de cujos artigos foi

criado o Código Penal, pelo órgão para isso competente, de um dos procedimentos prescritos na Constituição (KELSEN, 2006:96).

Ao tentar encontrar o fundamento da validade da Constituição, sobre a qual repousam todas as leis e os fundamentos de todas as leis e atos jurídicos, concluiu que talvez se chegasse a uma Constituição mais antiga e assim a uma historicamente primeira, promulgada por um único usurpador ou por um colégio formado de algum modo.

Neste ponto define que o primeiro órgão histórico da Constituição estabeleceu como sua vontade, com validade de norma, a instituição básica de todo o conhecimento que extingue o ordenamento jurídico que repousa nessa Constituição.

Por conseguinte, expõe que coação deve ser exercida sob condições e maneira determinada pelo primeiro constituinte ou das instâncias por ele delegadas.

2.1 Significado da Norma Fundamental

Para se compreender melhor o significado da norma fundamental, Kelsen afirmou que se deveria imaginar uma situação onde se diferenciariam dois tipos de normas. Uma primeira decorrente de um processo legislativo normal, dentro de um ordenamento jurídico vigente. E uma segunda, seria a primeira lei produzida após a ruptura deste ordenamento, ou de qualquer outro, anteriormente vigente, fato decorrente de uma revolução que se consagrasse vitoriosa.

Exemplifica que num Estado, até então monárquico, um grupo de pessoas tenta, por meio de uma revolta violenta, substituir um governo legítimo monárquico, por um governo republicano. Se for bem-sucedido, isto é, se a antiga ordem termina e começa a vigorar a nova, assim que a conduta efetiva das pessoas (para aquelas que desejam a validade dessa ordem) não acata mais a antiga ordem e assim opera com a nova, como se fora um ordenamento jurídico, ou seja, interpretam-se os realizados na execução como atos jurídicos e as situações de fato que os infringem, como antijurídicas. Pressupõe-se uma nova norma fundamental, não mais a dos

monarcas, mas a que delega autoridade ao governo revolucionário como sendo autoridade juridicamente estabelecida. (KELSEN, 2006: 98)

Com esta explanação, ficou claro como seria possível localizar o limite histórico da “norma fundamental”. Deve-se, portanto, se possível, encontrar o momento da ruptura entre dois ordenamentos jurídicos distintos. Pode-se dizer que a “norma fundamental” seria o ideal que estrutura uma ordem jurídica.

Pois bem, para se manter a unidade do ordenamento jurídico criado a partir da “norma fundamental”, deverá haver, sempre, uma sistematização legal coerente entre os ideais da “norma primeira”.

O presente trabalho busca, exatamente, manter essa unidade, a qual é exigida para se evitar possíveis “rachaduras” no ordenamento jurídico. Como se verá adiante, alguns fatores existentes no sistema legal brasileiro, alguns aspectos dos instrumentos da hermenêutica utilizados pelos intérpretes da Suprema Corte do país, têm sido desprezados e, muitas vezes, têm se mostrado insuficientes para a proteção da unidade do sistema de normas da República Federativa do Brasil.

2.2 A Constituição e a Norma Fundamental

A partir da compreensão da “pirâmide kelseniana” a seguir, será possível identificar um parâmetro para assegurar a necessária diferenciação entre as próprias normas estabelecidas numa constituição. Este fator será providencial para compreensão da presente teoria.

O ordenamento jurídico não é um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado em várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções (KELSEN, 2006: 102-103).

O pressuposto da norma fundamental coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomando a Constituição no sentido material - cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral (KELSEN, 2006: 103).

O raciocínio desenvolvido pelo ilustre doutrinador acima, se visto de forma grosseira, pode gerar a compreensão de que, pelo fato das normas estarem dispostas, com seus preceitos positivados em determinados sítios, postos pelo legislador em diferentes graus de hierarquia, estas normas estariam exatamente no patamar devido.

Essa compreensão é equivocada e utópica, pois pressupõe que o legislador, seja o originário, seja o derivado, teria uma perfeita compreensão da classificação das normas, e estariam sempre comprometidos com a perfeição legislativa.

Este trabalho tem suas bases numa compreensão diversa da exposta acima. Entende-se que Kelsen, ao desenvolver a pirâmide hierárquica das normas, deixou livre aos intérpretes a possibilidade de filtrar e organizar o sistema normativo. Assim é possível perceber que, embora um preceito esteja disposto formalmente em um dos degraus, não quer dizer que, por esta razão, não possa ser posteriormente identificado e equiparado, para fins de interpretação, a regras de níveis superiores ou inferiores.

Para exemplificar, podemos tomar o seguinte caso hipotético: O princípio da moralidade, constante no *caput* do artigo 37, da Constituição de 1988, poderia muito bem ter sido complementado, por meio de uma Emenda Constitucional, expressando os efeitos gerais de uma conduta que o afrontasse. Nesta situação, teríamos uma norma com título constitucional. No entanto, a mesma norma, foi inserida, de forma segmentada, na esfera infraconstitucional, em diversas situações. É o caso da Lei Complementar N° 64/90, posteriormente reformada pela Lei Complementar N° 135/2010. Esta norma não precisaria existir, já que, embora de forma implícita, todas as suas vedações poderiam ser compreendidas da interpretação do Princípio constitucional que a fundamenta. Ora, se a Lei Maior do Estado exige que para exercer um cargo público exige-se o respeito à moralidade, logicamente, qualquer conduta diversa já seria plenamente vedada.

De forma adversa, o legislador originário, por diversas vezes, deu muito mais importância a regras claramente dispensáveis para o nível constitucional, do que para os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Assim, depois de determinados preceitos já terem sido inseridos pelo legislador em determinado nível hierárquico, resta ao intérprete avaliar se realmente tal dispositivo possui fundamento suficiente para produzir os mesmos efeitos das normas pertencentes àquele patamar.

Em não se atestando a mesma capacidade daquele preceito, perante as outras normas que se encontram naquele nível, para fins de interpretação, o intérprete deve ponderar os seus efeitos.

Forma-se este raciocínio para resolução de situações que apresentem aparentes antinomias. Pode-se estruturar o seguinte exemplo: num caso concreto, onde se discute a constitucionalidade de determinada lei. Esta norma está em consonância com todos os princípios fundamentais, com todas as normas materialmente constitucionais. No entanto, sua constitucionalidade é questionada a partir de uma contrariedade a dispositivo formalmente constitucional. Seria racional declarar, indiscutivelmente, a inconstitucionalidade da referida lei?

Apresentar-se-á mais adiante, ao analisar o princípio da unidade constitucional, a posição que se deve tomar diante de situações como essas.

No entanto, adianta-se que, o simples fato de um dispositivo se encontrar, formalmente posto na Constituição, não pode ser tomado de forma absoluta, para se considerar como fundamento suficiente que permita ao mesmo se sobrepor a princípios fundamentais, já que são estes a base do ordenamento jurídico vigente.

3 DA HERMENÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A partir do estudo para a aplicação do direito, surgiu a necessidade de se criar instrumentos de interpretação que pudessem auxiliar e legitimar as normas, momento em que surgiu a hermenêutica constitucional, sendo o ponto fundamental para alcançar o verdadeiro sentido das normas do ordenamento jurídico do Estado.

A Hermenêutica Constitucional se estruturou a partir de fatores que deram origem aos instrumentos interpretativos como a existência de direitos fundamentais expressos por meio de princípios, o amplo objeto de que tratam as constituições, atingindo todos os ramos do direito, a variedade das normas constitucionais e, por fim, a pré-compreensão do intérprete, a ideologia que norteia sua interpretação.

O primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na *estrutura de suas significações particulares*. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre "o todo da lei" e as "partes" representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados (REALE, 2001:272).

Além disso, não se deve confundir os conceitos de hermenêutica e interpretação. A hermenêutica tem por objeto os enunciados, aquelas fórmulas jurídicas que serão utilizadas pelo intérprete, enquanto a interpretação tem sempre em vista um caso determinado (BASTOS, 1999: 79).

No entanto, não há que se falar em hermenêutica desvinculada da interpretação, pois a primeira provê os meios adequados para a realização da segunda, que também não se exaure em si mesma, pois se justifica na efetiva aplicação das normas jurídicas em situações concretas (GOMES, 2001: 29).

A interpretação constitucional é fundamental, pois pelo caráter aberto e amplo da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do ordenamento cujas normas são mais detalhadas (HESSE, 1983: 36).

Enquanto que a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica (GOMES, 2001: 28).

O principal ponto que se deve abstrair da finalidade da hermenêutica e da interpretação é o que foi muito bem exposto por Hesse. Ele formulou uma teoria da concretização constitucional partindo do pressuposto de que a Constituição não é somente um pedaço de papel, como afirma LASSALLE (1985:19), mas uma Constituição jurídica possuidora de efetiva força normativa, que é a aquela “força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991: 9-11).

Ocorre que no direito, o intérprete pode dar à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico. Não é apenas a natureza criadora do processo hermenêutico-jurídico que se salienta, em nossa época, mas também o seu *caráter unitário* (REALE, 2001: 274).

Deste modo, o intérprete tem um papel positivo e criador no processo hermenêutico, o que se torna ainda mais relevante no caso de se constatar a existência de *lacunas* no sistema legal (REALE, 2001: 276).

Segundo GRAU (2009:30-31), o direito é alográfico. É alográfico porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma. Repetindo: as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido ele “produz a norma”. Abrangendo textos e fatos, como vimos, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida.

Por fim, deve-se exaltar uma nova forma para a Hermenêutica Constitucional, que venha a fornecer instrumentos que mantenham a unidade do ordenamento jurídico que estrutura o Estado Democrático de Direito. Nesta via, traz-se a lição de GOMES (2008:391), que afirma ser imprescindível um novo juiz no Estado Democrático de Direito, que, “em razão de sua Constituição principiológica, necessita de uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios.

Pois bem, essa compreensão de que o novo juiz no Estado Democrático de Direito precisa trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios, é de extrema importância para a possível recepção da ideia apresentada nesta tese.

4 O PROCESSO DE ATUALIZAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Existe a ideia de que a Constituição demanda permanente atualização, sob pena de não se efetivar. Ocorre que, as diversas constituições dos Estados, são enganosamente atualizadas com a inserção de novos textos normativos, fato que se perfaz em grande equívoco, pois provoca ao longo destes processos um grande confronto que acaba, por vezes, desvirtuando a força dos princípios fundamentais.

O discurso do texto normativo está parcialmente aberto à inovação, mesmo porquê, o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em discurso normativo, isto é, em norma (transformação do texto em norma). Daí que ela há de ser atualizada pelos chamados intérpretes autênticos, os juízes, para que se apresente dotada de força normativa. Por isso a interpretação não é apenas do texto da Constituição formal, mas também da constituição real. O intérprete da Constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever-ser; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais de poder, compreender o momento no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa (GRAU, 2009: 281).

A partir da idéia perpassada através da citação acima, surge uma reflexão a respeito do caminho percorrido por dois Estados distintos, tomados como exemplo. Tomam-se por parâmetros as constituições dos EUA e do Brasil. A primeira, possui um texto normativo, fixado desde 1787, rígido, muito pouco modificado ao longo dos seus 224 anos de criação. Possui apenas sete artigos, e sofreu a inserção de 27 emendas.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que possui apenas 23 anos, possui um texto normativo amplo, constituído não só por normas constitucionais materiais, mas por um extenso número de preceitos meramente formais. Além disso, por fato lógico e esperado, já sofreu a alteração por meio de seis emendas de revisão e mais 67 emendas constitucionais.

O que se quer trazer com essa comparação é a forma de produção da norma. O Estado que mantém o texto normativo de sua Carta Magna quase que imodificável ao longo de sua história, compreende que a norma deve ser produzida pelo intérprete autêntico, que a retira do texto positivado e a efetiva na aplicação. Neste caso, surge a grande crítica de que os juízes sobrepujariam a função do Poder legislativo.

Já, no caso de se formar uma constituição prolixa, ampla, e descontroladamente modificável, pressupõe-se que o legislador está querendo tomar as vezes do intérprete.

Ante o exposto, há de se compreender que a Constituição pode e deve ser atualizada. No entanto, para que haja uma atualização que não ameace a unidade do ordenamento jurídico, preservando a coerência e a segurança jurídica, ambos métodos (legislação e interpretação) precisam ser ponderados. Essa ponderação tomará como parâmetro o equilíbrio entre as funções do Judiciário e do Legislativo, pois não se pode defender que há a preservação da unidade do ordenamento jurídico, quando não há a manutenção da unidade do Estado Democrático de Direito.

A importante de se atentar para a distinção dos processos de atualizações das constituições tem o intuito de demonstrar a viabilidade de se utilizar a prevalência das normas materialmente constitucionais na aplicação do princípio da unidade constitucional,

É possível perceber que o princípio da unidade da constituição tem facilidade em ser aplicado no processo de atualização de Constituições que possuem um corpo textual sintético, essencialmente material. No entanto, a mesma facilidade não se mostra presente diante das Constituições que são atualizadas com a inserção de textos normativos, pois a presença de normas materialmente constitucionais, dispostas no mesmo patamar das meramente formais, algumas vezes, poderá gerar aparentes contradições.

Explica-se, então, que é diante das Constituições extensas que surge a dificuldade de se manter coerência na aplicação do princípio da unidade constitucional. O presente trabalho tem então, o objetivo de possibilitar uma

aplicação racional do referido princípio diante da interpretação deste tipo de Constituição.

O parâmetro utilizado na atualização das constituições é a manutenção de uma relação harmoniosa entre o modelo de Estado e seu sistema normativo. Esse mesmo parâmetro é utilizado na estruturação e fundamentação da teoria defendida neste trabalho. Esta ideia será complementada mais adiante, quando adentrarmos na análise do princípio da unidade da constituição.

5 DA COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS

Ao tentar completar o sentido de um princípio, objetivo maior deste trabalho, tem-se a preocupação de esclarecer que não há a pretensão de gerar a polêmica de que um novo princípio teria sido apresentado. Para isso, há de se compreender que os princípios não são criados, mas sim descobertos.

Ao pesquisar o significado do termo *princípio* nos dicionários, encontram-se as seguintes definições:

Princípio: prin.cí.pio, sm (lat principiu) 1. Ato de principiar. 2. Momento em que uma coisa tem origem; começo, início. 3. Ponto de partida. 4. Causa primária. 5. Fonte primária ou básica de matéria ou energia. 6. Filos. Aquilo do qual alguma coisa procede na ordem do conhecimento ou da existência. (HOLANDA, 2010: 1545)

1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe [...]. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc. (MICHAELIS, 2009:1128)

A palavra princípio tem origem no latim “pricipium”, que significa início, começo, origem das coisas. A noção de princípio, ainda que fora do âmbito do saber jurídico, sempre se relaciona a verdades fundamentais e orientações de caráter geral. Explica BONAVIDES (1996:228) que deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras.

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de

evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários REALE (1986: 60).

Ao definir princípio jurídico, CARRAZZA (2002: 33) fornece uma definição lapidar: "Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam".

BONAVIDES (2011:229), em outra obra, compreende que princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

CARVALHO (2000:141-142) estabelece aos princípios a seguinte classificação: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Diz o mesmo cientista: "Nos dois primeiros, temos 'princípio' como 'norma'; enquanto nos dois últimos, 'princípio' como 'valor' ou como 'critério objetivo'".

É importante observar que o ato de descoberta de um princípio latente em determinado ordenamento é declaratório, não constitutivo (GRAU, 2009: 51).

Neste sentido, a teoria apresentada neste trabalho pretende completar o sentido do princípio da unidade constitucional, ou seja, não tem o intuito de criar um novo princípio, mas sim, fornecer uma percepção da sua pré-existência, em meio a compreensão já utilizada.

Deve-se compreender, ainda, a distinção estabelecida pela evolução histórica da doutrina, entre princípios e regras.

Segundo ÁVILA (2005: 30), a evolução doutrinária, a partir de distinções entre princípios e regras, fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy),

demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são basicamente quatro: critério do *caráter hipotético-condicional*, critério do *modo final de aplicação*, critério do *relacionamento normativo* e o critério do *fundamento axiológico*.

a) Critério do *caráter hipotético-condicional*

Fundamenta-se no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam uma decisão, podendo serem aplicadas ao mesmo modo *se, então*. Já os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar uma regra para o caso concreto.

Esta distinção foi desenvolvida por Dworkin, que na tradução de Humberto Ávila, expôs o seguinte: "se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou então ela não é, em cujo caso ela em nada contribui para a decisão" (ÁVILA, 2005:30).

b) Critério do *modo final de aplicação*

Baseia-se no fato de que as regras devem ser aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*. Já os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.

c) Critério do *relacionamento normativo*

Fundamenta-se na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, podendo ser solucionado a partir da declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção. Já o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, que somente é solucionado a partir de uma ponderação que conceda uma dimensão de peso a cada um deles (ÁVILA, 2005:31).

d) Critério do *fundamento axiológico*

Este critério tem uma definição simples e direta. Segue o raciocínio de que os princípios, diferente das regras, devem ser considerados como fundamentos axiológicos perante a execução de qualquer decisão (ÁVILA, 2005:31).

A partir De uma análise crítica dos critérios citados acima, ÁVILA (2005: 70) desenvolveu um raciocínio razoável onde defende que a distinção entre regras e

princípios ocorre inicialmente pelo fato de que, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, os princípios são normas imediatamente finalísticas.

Afirma ainda que as regras são normas primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Enquanto os princípios são normas primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre os estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Dentre as definições de princípios, o presente trabalho enfatiza o conceito estabelecido por AMARAL (2006:55-56). Este assevera que os princípios jurídicos podem distinguir-se em princípios positivos e suprapositivos. Os primeiros compreendem os fundamentais e os princípios institucionais que fundamentam os diversos institutos jurídicos. Enfatiza que os suprapositivos são os princípios gerais de direito, ou seja, os grandes princípios, como o da justiça, o da segurança, o da liberdade, igualdade, o da dignidade da pessoa humana, aquele sobre os quais a ordem jurídica se constrói.

5.1 As normas materialmente constitucionais e os princípios fundamentais

Exposta a importância da hermenêutica constitucional e dos princípios, faz-se necessário apresentar os direitos fundamentais e as garantias institucionais. A proteção das garantias institucionais aproxima-se da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do “mínimo essencial”, (núcleo essencial) das instituições. (CANOTILHO, 1993: 522).

Na sequência, deve-se relembrar os elementos que fundamentam do Estado Democrático de Direito. Existem dois pilares que o sustentam: a Democracia e os

Direitos Fundamentais, afirmando que não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais sem democracia (STRECK, 2004: 110).

CANOTILHO (1993: 508), ainda, ao versar sobre as garantias institucionais expõe o pensamento de que os direitos fundamentais apresentam um duplo caráter, individual e institucional, que explicará o fato de os direitos fundamentais, tais como as clássicas garantias institucionais ou garantias de instituto, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional.

Desse modo, no ponto 6, a ser estudado adiante, mostrar-se-á a compreensão de que a maioria das normas materialmente constitucionais se identificam dentre os direitos fundamentais, e conseqüentemente, identificam-se dentre as garantias institucionais.

6 DAS NORMAS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS E FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS

Da vontade política e unitária de um povo, num ato de poder constituinte, emana a constituição na acepção positiva, que é o próprio Estado, a unidade política do povo capaz de organização. É a representação da unidade política do povo. É inatingível. Está acima da normatividade (BONAVIDES, 2011:147).

A distinção entre Constituição e Lei da Constituição só é possível porque a essência da Constituição não se acha contida numa lei ou numa norma (BONAVIDES, 2011:153).

A Constituição, no seu sentido material, é o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade (HESSE, 1991:4).

Já a Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no diploma constitucional, que resultam das fontes do direito constitucional, independente do seu conteúdo (CANOTILHO, 1993:522).

Afirma-se que são essencialmente constitucionais as normas relativas às atribuições, estrutura e competência dos órgãos do Estado e ao *status* do cidadão frente ao Estado (sobre as categorias de *status*, cf. comentário ao art. 1.º). As normas constitucionais superiores – ou normas constitucionais “fortes”, comporiam, assim, a constituição *material*, ou as normas *tipicamente constitucionais*, que são aquelas relativas à estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Já a Constituição em sentido formal, sob esse prisma, é qualificada essencialmente através de características formais (BACHOF, 1994:39).

O entendimento da distinção entre regras constitucionais, materiais e formais, é essencial para a compreensão das constituições classificadas quanto a sua extensão, onde se dividem em sintéticas e analíticas.

A oposição entre o *dever-ser* constitucional (concepção formal) e o *ser* constitucional (concepção material) dá lugar à instalada entre Constituição formal e a Constituição material. A Constituição é a expressão escrita da soma dos fatores reais do poder que regem uma nação; incorporados a um papel, já não são simples *fatores reais* do poder, mas *fatores jurídicos*; são instituição jurídica (LASSALLE, 1985:19).

A constituição escrita será boa e duradoura enquanto corresponder à *constituição material* e encontrar suas raízes nos fatores reais do poder hegemônicos nos países – onde a Constituição escrita já não corresponder à Constituição material instalar-se-á um conflito no qual, a primeira sucumbirá. (LASSALLE, 1985:41)

A preocupação da presente teoria é exatamente evitar o conflito previsto por Lassale. Não há a intenção de vedar a implantação nas constituições de normas essencialmente infraconstitucionais. No entanto, quando surgir qualquer conflito entre estas normas “formalmente constitucionais” e os princípios fundamentais, estruturantes do estado, representados pelas normas essencialmente constitucionais, estas últimas, naturalmente, devem prevalecer.

7 TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

Segundo ALMEIDA (2007:763), uma das questões mais controversas do controle de constitucionalidade reside na problemática referente à existência ou não de normas constitucionais primárias inconstitucionais. Explica que ao se adotar uma classificação hierarquizada entre dispositivos da própria Constituição, a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais primárias – observa-se que não estaria se falando de inconstitucionalidade de Emenda à Constituição, o que seria possível. De acordo com essa tese, ocorreria a inconstitucionalidade caso algum dispositivo contrariasse outro preceito ou princípio constitucional hierarquicamente de grau superior. Essa corrente adota a classificação bipartida das normas constitucionais: normas formalmente constitucionais, de caráter inferior, de um lado, e normas materialmente constitucionais, de caráter superior (BACHOF, 1994: 58-59).

A teoria das normas constitucionais inconstitucionais vislumbra a possibilidade de invalidade das normas constitucionais por infração do direito supralegal (direito pré-estadual, supra-estadual, suprapositivo, direito natural). Esse direito seria composto por “normas” que antecedem a existência do Estado, que não se referem tão somente aos direitos naturais dos indivíduos (vida, liberdade). Sua pré-existência, para os defensores, impõe a observância por todos os Estados, independentemente da positivação na Constituição.

Segundo BACHOFF (1994:29), seria possível conceber uma “inconstitucionalidade” das normas constitucionais, onde explica o paradoxo através das seguintes hipóteses:

A primeira hipótese é a de inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais, que pode ocorrer se a Constituição desobedecer o ato-condição para sua entrada em vigor, ou se o processo constituinte não levar em conta, que para que a Constituição seja considerada válida ela deve obedecer leis pré-constitucionais.

A segunda hipótese defendida por Bachoff é a da inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição, que consiste na possibilidade de uma emenda

constitucional infringir formal (quando as disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição são desrespeitadas), ou materialmente (quando as chamadas “cláusulas pétreas” são afetadas) a Lei Fundamental.

A terceira hipótese é a da inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional, que compreende a desobediência dos direitos naturais, ou supralegais (direitos como o da liberdade, da dignidade da pessoa humana, entre outros) por parte da Constituição. No entanto essa última hipótese pode ser desconsiderada no direito brasileiro, pelo fato de a Constituição abranger o direito supralegal em larga escala (BACHOFF, 1994:41).

A quarta e última hipótese é a que apresenta semelhança à teoria defendida neste trabalho, sendo também a mais problemática. Fundamenta-se na inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior, que não admite a contradição de uma norma constitucional em relação a outra, mas sim, que uma norma secundária, formalmente constitucional, pudesse ir de encontro com uma norma superior a ela, porém esta última sendo uma norma materialmente constitucional.

Deve-se distinguir as normas constitucionais de significado secundário, meramente formal, e aquelas de “grau superior”, que contêm preceitos materiais fundamentais para a Constituição. A partir daí, as normas ditas inferiores que contrariassem aquelas seriam inconstitucionais ou não vinculativas, carecendo, portanto, de obrigatoriedade jurídica, já que a sua efetivação poderia ferir direito supralegal (BACHOF, 1994: 73).

No entanto, este autor defende que nem sempre que se encontrar uma pretensa incompatibilidade entre normas constitucionais de graus diversos, que necessariamente se estará diante de uma inconstitucionalidade, pois há a possibilidade do legislador constituinte originário, autônomo, criar exceções ao direito estabelecido. Não se trataria, nesse caso, diante de uma contradição do legislador constitucional, mas sim de regra e exceção.

Em sentido contrário, segundo a lição de ALMEIDA (2007:763), existe outra corrente, já acatada pelo STF, que parte do ponto de vista de que a Constituição estabelece uma unidade originária inquebrantável, de forma que é dentro dessa

unidade que se deve partir qualquer atividade de interpretação constitucional e, assim, não existiria a possibilidade, pelo menos para efeitos de controle abstrato e concentrado da constitucionalidade, de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais primárias.

No entanto, a *teoria da prevalência das normas materialmente constitucionais na aplicação do princípio da unidade constitucional* não chega ao ponto de considerar a inconstitucionalidade de normas constitucionais. O verdadeiro sentido desta tese é de que o princípio da unidade constitucional, em casos de aparentes antinomias, seja compreendido no sentido de sopesar os efeitos das normas dispostas de acordo com o grau hierárquico existente entre as normas materialmente constitucionais e as meramente formais.

8 DO PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL

A Constituição é o documento hierarquicamente superior a todos os outros existentes, no que diz respeito a um determinado ordenamento jurídico. É direta ou indiretamente a partir dela que são criadas todas as outras normas, ou seja, todas as outras normas têm que estar de acordo com ela, construindo-se assim uma unidade na ordem jurídica.

Em primeiro lugar, encontra-se neste princípio, a relação e interdependência entre elementos da Constituição que obrigam a contemplar não só a norma isolada, mas também o conjunto em que deve ser situada, para que se evitem contradições. Esta a compreensão de HESSE (1983: 48).

Toda e qualquer disposição constitucional não deve ser interpretada isoladamente, deve-se levar em conta todo o conjunto, toda a unidade, afim de que, baseando-se no princípio da unidade da Constituição, que prega a não superposição, ou prevalência de uma norma constitucional sobre outra, sejam evitadas eventuais superposições de normas conflitantes.

O princípio da unidade da Constituição postula que não se considera uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte, conforme ensina MENDES (2011:106).

A possibilidade da decorrência de uma eventual superposição de normas conflitantes, explica-se pela existência de antinomias constitucionais, que é a coexistência de normas constitucionais de sentidos contrários.

Entretanto como diz BARROSO (2005:29), da filosofia grega origina-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento de que “nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias”, e para que esse problema seja solucionado são utilizados determinados critérios como o hierárquico,

o da especialização, e o cronológico. Porém como as normas presentes na Constituição estão em um mesmo nível hierárquico, e foram efetivadas simultaneamente, os critérios hierárquico e cronológico não se fazem úteis às antinomias constitucionais. Restando somente o critério da especialização que só se faz útil em alguns eventuais casos.

Portanto, resta ao encarregado de interpretar a Constituição, a tentativa de harmonizar as proposições que aparentemente vão de encontro uma à outra, mas sem ignorar completamente quaisquer normas constitucionais para que não seja desrespeitado o princípio da unidade da Constituição.

Para que isso seja feito com sucesso é necessário que se faça o uso da “ponderação de bens ou valores”, que busca a otimização da aplicação das normas constitucionais, através da atribuição de um determinado valor ao bem jurídico defendido por cada uma das regras, para aí sim determinar até onde uma norma vai, até onde ela não está ferindo um outro princípio constitucional defendido por uma outra norma.

Deve-se compreender ainda a importância da hierarquia axiológica (ou hierarquia estrutural), que prega uma ordenação dos valores constitucionais, estando no topo dessa hierarquia, no caso brasileiro, o princípio federativo, democrático e republicano por constituírem a base do Estado brasileiro. Princípios esses que são derivados das cláusulas pétreas (que não podem ser modificadas) citadas no art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

No entanto, pelo que se pode compreender acima da definição originária e respectiva finalidade do princípio da unidade da constituição, tal princípio não tem sido aplicado adequadamente.

O primeiro equívoco é considerar que quando o referido princípio se refere à unidade da Constituição, pressupõe-se que as normas nela constante seriam as materialmente constitucionais. Esta dedução surge da compreensão lógica de que a Constituição, neste caso, está no sentido representativo da “norma fundamental”, consequentemente, é a base que contém os pilares do ordenamento jurídico.

Conforme já esclarecido anteriormente, com a extensão da Constituição para receber formalmente em seu corpo a posituação de normas essencialmente infraconstitucionais, aumentou a dificuldade de se aplicar, na interpretação, o princípio da unidade constitucional, pois quando o mesmo foi criado, não se imaginou a que ponto a Constituição pudesse se desfigurar, se desvirtuar do sentido imaginado por Kelsen, como parâmetro equivalente à “norma fundamental”.

Para explicar tal fato, toma-se como exemplo prático, um momento recente em que o questionado princípio foi aplicado. Esta situação trouxe a preocupação de atestar se realmente tal princípio estaria sendo aplicado de acordo com a finalidade para qual foi desenvolvido.

A Lei complementar nº135/2010, por exemplo, possui em seu conteúdo a concordância com princípios fundamentais e as garantias institucionais. Por isto, defende-se aqui que o seu conteúdo, que veda o ingresso na administração pública de indivíduos condenados pela prática de algum delito, já estaria inserido, implicitamente na Constituição, e por isso, estaria em vigor desde 1988. A referida lei possui em seu bojo a ratificação de normas materialmente constitucionais. No entanto, este fato não teve qualquer influência junto à compreensão dos seis Ministros do Supremo Tribunal Federal que decidiram pela não vigência da referida lei para as eleições de 2010, momento em que prevaleceu uma norma formalmente constitucional, a do art. 16, da CF/88.

Reitera-se o fato de que, na aplicação do princípio da unidade da constituição, o parâmetro maior não é a Constituição, texto normativo simplesmente impresso, mas sim a Constituição composta de princípios responsáveis pela harmonia entre o ordenamento jurídico e a “norma fundamental” que lhe sustenta e que lhe legitima.

Deste entendimento é que se percebe que o princípio da unidade constitucional se estrutura na unidade da Constituição compreendida pelos princípios que mantêm a unidade do ordenamento jurídico, e não da forma como é aplicada no Brasil, que mantém a preocupação única em preservar, de forma absoluta, o texto normativo impresso, sem considerar nem sopesar a distinção entre as normas ali expressas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento desenvolvido neste trabalho teve como motivador, a inquietude em tentar alcançar o verdadeiro sentido do princípio da unidade constitucional. Pois a forma como o mesmo é compreendido pela maioria dos intérpretes brasileiros abre uma grande questão: o que estaria em jogo seria a unidade da Constituição, como “texto escrito num pedaço de papel” (LASSALE, 1998: 47), ou a unidade da Constituição, compreendida pelos princípios que mantêm a unidade do ordenamento jurídico real, válido para a sociedade naquele momento político, econômico e social vivido?

Concluiu-se que o intérprete da Constituição não pode se limitar a compreender textos que participam do mundo do dever-ser; deve sim interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais de poder, compreender o momento no qual as normas da Constituição são produzidas, bem como considerar que realmente existe uma distinção hierárquica entre as normas que compõem uma Carta prolixa.

A teoria começa enfatizando que a “norma fundamental” coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomando a Constituição no sentido material – cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral (KELSEN, 2006: 103).

Embora uma parte da doutrina, bem como a Suprema Corte do País, seja contra a classificação bipartida das normas constitucionais, e defenda que não há porque diferenciá-las, o presente trabalho insiste que tal classificação surge da interpretação da ideia exposta acima, formulada por Kelsen. Ele afirmou, claramente que, para se considerar a Constituição como representante da “norma fundamental” de um ordenamento jurídico, necessariamente, tal Carta deveria manter sua essência material.

A decorrência lógica da compreensão acima é que caso uma Constituição não se limite a dispor somente do núcleo material, deve, obrigatoriamente,

considerar que este será considerado como princípio superior, princípio fundamental, e deverá prevalecer diante das demais normas do ordenamento.

A partir da compreensão da pirâmide hierárquica das normas, formulada por Kelsen, os intérpretes teriam a possibilidade de filtrar e organizar o sistema normativo. Assim é possível perceber que, embora um preceito esteja disposto formalmente em um dos degraus, não quer dizer que, por esta razão, não possa ser posteriormente identificado e equiparado, para fins de interpretação, a regras de níveis superiores ou inferiores.

Com o fim de entender e identificar a real estrutura normativa hierárquica, fez-se necessário compreender a classificação dos princípios, lembrando, então, a lição de CARVALHO (2000:141-142), que em uma de suas classificações, definiu os princípios como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma.

Ainda dentre as definições de princípios, acha-se por bem enfatizar que os princípios jurídicos podem distinguir-se em princípios positivos e suprapositivos, conforme exposto por AMARAL (2006:55-56). Ressalta que estes são os princípios gerais de direito, ou seja, os grandes princípios, como o da justiça, o da segurança, o da liberdade, igualdade, o da dignidade da pessoa humana, aquele sobre os quais a ordem jurídica se constrói.

Deve-se ressaltar que a presente teoria ao traz a ideia de BACHOF (1994: 73), com sua classificação bipártida, com o único intuito de ratificar que realmente existe uma distinção hierárquica entre as normas constitucionais. No entanto, desconsidera a possibilidade de se atestar a suposta existência de inconstitucionalidade de normas constitucionais.

Desse modo, reafirma-se que as normas materialmente constitucionais, por representarem exatamente o núcleo de princípios fundamentais que compõem o ordenamento jurídico do Estado, são, por essência, o que caracteriza a Constituição como representante da “norma fundamental”. Por isso, defende-se que o princípio da unidade da constituição somente atinge sua completude quando reconhece a prevalência das normas materialmente constitucionais. Somente assim será possível realizar uma interpretação que preserve a relação harmoniosa entre o modelo de

Estado e seu sistema normativo, ou seja, que realmente mantenha a unidade do ordenamento jurídico.

Assim, o verdadeiro sentido desta tese é de que o princípio da unidade constitucional, em casos de aparentes antinomias, seja compreendido no sentido de sopesar os efeitos das normas dispostas de acordo com o grau hierárquico existente entre as normas materialmente constitucionais e as meramente formais.

Então, para resolução de situações que apresentem aparentes antinomias, como por exemplo, o caso inicialmente apresentado (...), onde se discute a constitucionalidade de determinada lei, que embora estivesse em consonância com todos os princípios fundamentais, com todas as normas materialmente constitucionais, estaria contrariando dispositivo formalmente constitucional.

Conclui-se que, de acordo com a teoria da prevalência das normas materialmente constitucionais na aplicação do princípio da unidade da constituição, não seria racional declarar, indiscutivelmente, a inconstitucionalidade da referida lei. Deve-se, nestas situações, ponderar os efeitos decorrentes das distintas normas constitucionais, para que prevaleçam princípios fundamentais que compõem o ordenamento jurídico do Estado.

Diante disso, postula-se por uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios, ou seja, exige-se uma nova compreensão de Hermenêutica Constitucional, por parte dos intérpretes autênticos, capaz de, realmente, manter a unidade do ordenamento jurídico válido, na atual República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Rio de Janeiro, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BERNADES, Juliano Tavares. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Cláudio De Cicco. 6 ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Dicionário Aurélio de língua portuguesa**. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4 ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

_____. **O que é uma constituição?** 2 ed. São Paulo: Minelli, 2006.

MICHAELIS. Carolina. **Dicionário de língua portuguesa**. 9 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELINO, Marcelo. ***Direito constitucional***. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

GOMES, Sergio Alves Gomes. **Hermenêutica e constituição no estado de direito democrático**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Sergio Alves Gomes. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação**. São Paulo, 2005.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

_____. **Escritos de derecho constitucional**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira; PASSANHA, Vanessa Vieira. **Normas constitucionais inconstitucionais? A teoria de Otto Bachoff**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_oliveira_passos.pdf
Acesso em 14 jul 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Regra ou princípio?** Rede Mundial de Computadores, em 17 de novembro de 2011, disponível à página: (<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>). Acesso em 18 nov 2011.

_____. **Regra ou princípio?** Rede Mundial de Computadores, em 17 de novembro de 2011. disponível à página: (<http://supremoemdebate.blogspot.com/2011/11/lenio-streck-e-fux.html>) . Acesso em 18 nov 2011.