



A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS E A ADI 815-3

Leonardo Fernandes

1.0 Breve Relato

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 815-3/DF (D.J. 10/05/1996) foi proposta pelo governador do Rio Grande do Sul, por meio da qual este objetivava a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 45 da Constituição Federal (CF).

A disposição em tela determina um número mínimo de representantes na Câmara dos Deputados por Estado-Membro e por Território.

Em suma, alegava o governador que a norma, oriunda do próprio poder constituinte originário, era contrária ao próprio espírito da Constituição e que caberia ao Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição (nos termos do art. 102, *caput*, da CF), o controle de constitucionalidade das normas da própria Constituição. O principal argumento utilizado pelo autor foi a desproporcionalidade de estabelecer um mínimo de deputados por Estado-Membro, independentemente de sua população. Segundo o autor, a representação dos Estados já se daria no âmbito do Senado Federal, onde estes teriam a representação igualitária assegurada. Em parecer, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação por impossibilidade jurídica, parecer este seguido pelo Relator, Min. Moreira Alves.

2.0 Da Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais

A inconstitucionalidade de normas constitucionais sempre chamou a atenção, afinal, parece uma contradição lógica sua própria existência. Na doutrina

internacional, ninguém tratou melhor do tema do que o ex-membro do Tribunal Constitucional Alemão, Otto Bachof. Antes de prosseguirmos, é imperioso que se deixe claro que é pacífico no STF, já sob a égide da CF de 88, que o controle de constitucionalidade de normas constitucionais emanadas do poder constituinte decorrente é perfeitamente possível, principalmente pela violação das cláusulas pétreas, também chamadas de reserva material de justiça, bem como pela inconstitucionalidade formal da tramitação do projeto de emenda à Constituição. Neste sentido, ADI 939-7/DF, Rel: Min. Sidney Sanches¹.

O principal argumento utilizado pelo autor da ação foi a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, mesmo que oriundas do poder constituinte originário. Assim, defendia o autor, entre outros argumentos, a existência de hierarquia entre os preceitos do texto constitucional, bem como a desproporção que a norma presente nos parágrafos 1º e 2º do art. 45 da Constituição Federal causava (irrazoabilidade).

O argumento utilizado pelo governador gaúcho não foi suficiente para convencer a Procuradoria-Geral da República, que opinou pelo não conhecimento da ação, bem como do próprio STF, que não a conheceu.

De certo modo, houve um desvirtuamento da tese utilizado por Otto Bachof, principalmente ao tratar da suposta hierarquia entre normas dentro do texto da Constituição. O próprio Bachof rechaça tal possibilidade, neste sentido:

¹ Assim estabelecia o voto do Min. Sydney Sanches: “Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte Derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição”. Ver também ADIn 981-8 PR. Fonte: Repositório de Jurisprudência do STF, disponível em: www.stf.gov.br.

A meu ver, nenhuma diferença faz aqui que essas normas constitucionais sejam importantes ou menos importantes, não me parecendo possível considerar inconstitucional uma norma da Constituição de grau inferior, em virtude da sua pretensa incompatibilidade com o << conteúdo de princípio da própria Constituição>>(Giese), *desde que este conteúdo de princípio da Constituição seja ainda produto de uma autónoma criação de direito*.(...). No fato de o legislador constituinte se decidir por uma determinada regulamentação como estando em concordância com os princípios basilares da Constituição, ou de que, em desvio a estes princípios, a admitiu conscientemente como exceção aos mesmos. *É certo que o legislador constituinte não pode, ao admitir tais exceções, infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica! Se o fizer, a norma excepcional será sem dúvida não vinculativa, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do caráter arbitrário da exceção.*(grifos nossos)²

Deste modo, fácil verificar que admite o autor alemão a existência de um “poder discricionário”, do qual desfruta o poder constituinte originário na criação de disposições e exceções na Carta Magna. Somente o arbítrio extremo, segundo o autor, levaria à possibilidade de não vinculatividade das disposições que o próprio poder constituinte estabeleceu.

Portanto, ao contrário do alegado pelo autor da ADI, não prevê Bachof que esse tipo de “contradição” (exceção), possa ensejar qualquer declaração de inconstitucionalidade. Aliás, esse entendimento está expresso no voto do relator:

² BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*.Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p.57

“Não sustenta o autor que as expressões impugnadas nos §§ 1º e 2º do art. 45 da Constituição sejam violadoras de direito suprapositivo não incorporado à Constituição pelo constituinte originário (...), mas, sim, que elas violam as normas de grau superior dentro da própria Constituição ou as que incorporaram esse direito suprapositivo e que, portanto, são também normas superiores às demais, dando sua violação por estas margem à declaração de inconstitucionalidade. (...) Essa tese – a de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras – se me afigura impossível com o sistema de Constituição rígida. (...) Ademais, o próprio Bachof, que distingue a inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição com normas constitucionais de grau superior da inconstitucionalidade das normas constitucionais por “infração a direito supralegal positivado na lei constitucional”, reconhece que, quanto à primeira dessas duas hipóteses, *o constituinte originário, por não estar vinculado, ao direito suprapositivo, inexistente no caso, tem liberdade para determinar quais sejam essas normas constitucionais de grau superior, podendo, igualmente, estabelecer exceções a ela, no próprio dispositivo que as encerra ou em outro, salvo se essas exceções forem arbitrárias.*”³ (grifo nosso)

Extrato de Ata (1)

Com bem demonstrado pelo voto do relator, passou bem longe da teoria de Bachof os pedidos que o governador invocou com base nela. A única hipótese em que este realmente prevê a inconstitucionalidade de normas constitucionais é a contradição

3 ADI 815-3/DF. Repositório de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disponível em: www.stf.gov.br.

da disposição constitucional com o direito supralegal, tema a ser brevemente tratado adiante.

2.1 Da Violação a Direito Supralegal

A hipótese em que o ensejo à declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais oriundas do poder constituinte originário realmente toma terreno na obra de Bachof é justamente quando estas normas violarem o direito supralegal, também denominado por este de direito natural. Todavia, tal direito recebe um caráter objetivo pelo teórico:

Queria evitar aqui o mais possível a expressão << direito natural >>, por causa da sua multifacetada utilização. Quando, por falta de uma palavra igualmente concisa, se falar ocasionalmente, na exposição que vai seguir-se, de normas << contrárias ao direito natural >>, entender-se-á aí o direito natural como autêntico *direito supralegal*, com pretensão de vigência imediata face aos destinatários das normas, e não simplesmente como um princípio regulativo para o legislador ou como um princípio jurídico *fundamental* apenas com obrigatoriedade *moral*.⁴

Deste modo, tentou Bachof, até mesmo para evitar a rejeição doutrinária ao termo direito natural, emprestar-lhe um caráter objetivo, tratando deste como um verdadeiro direito supralegal, com vigência e não com amparo somente em disposições morais. Somente à violação deste direito supralegal pela Constituição, em norma estatuída pelo poder constituinte originário, poderia levar à declaração de inconstitucionalidade.

⁴ BACHOF, op. cit., p. 14.

3.0 Dos Efeitos da Decisão

A decisão fixou um importante precedente na Corte, enquanto guardiã da Constituição. Estabeleceu-se com ela um limite ao poder de controle de constitucionalidade disposto na CF. Entendeu o STF que seria este *incompetente* para declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais quando estas viessem do poder constituinte originário.

A decisão afirma, de certo modo, aquilo que o jusfilósofo Antonio Negri dispõe sobre o poder constituinte e sua potência revolucionária (também criadora de direitos, portanto):

Recuperamos assim a relação entre poder constituinte e procedimento absoluto. Entretanto, recuperar esta relação, após constarmos quantas e quão consistentes injúrias e mistificações têm sido lançadas sobre ela, permite-nos, oferecer uma nova matéria de reflexão sobre a radicalidade originária do conceito. O que significa então o poder constituinte, se a sua essência não pode ser reduzida ao poder constituído, mas deve ser compreendido em sua produtividade originária? Antes de mais nada, significa estabelecer uma relação contínua entre poder constituinte e revolução, uma relação íntima e circular, de modo que, onde o poder constituinte estiver, esteja também a revolução. Nem a revolução, nem o poder constituinte tem fim quando estão conectados internamente(...) Ainda que a idéia de revolução seja submetida ao domínio dos astros ou à necessidade do ciclo polibiano dos regimes políticos - “ *I have seen this in this revolution a circular motion* (Vejo nesta revolução um movimento circular)- ela constitui “ *le fond mobile de la science humaine* (o fundamento móvel da ciência humana), aquela ciência nova que “constitui” a história.⁵

⁵ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as Alternativas da Modernidade*. Tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 39.

Extraí-se do excerto acima justamente a idéia de como o poder constituinte nasce de uma potência criadora infinita, de uma pujança natural ligada à própria essência deste poder. Nota-se, por meio até mesmo do voto do relator da ADI em tela⁶, que não caberia ao Poder Judiciário, então, a análise das próprias exceções que o poder constituinte tomou por necessários quando da elaboração da Carta Magna.

3.1 Da Importância da Decisão No Controle de Constitucionalidade

A decisão se mostrou relevante para o estabelecimento de parâmetros no controle abstrato de constitucionalidade. Imperioso salientar que até 1999, com a edição da lei 9.868 e da lei 9.882, não havia nenhuma regulamentação legal expressa, infraconstitucionalmente, sobre os métodos processuais no controle abstrato. Praticamente tudo que se decidia era baseado em questões doutrinárias e jurisprudenciais, criadas no âmbito do próprio STF. De certo modo, boa parte desses posicionamentos veio a se positivar com a edição das duas leis supracitadas.

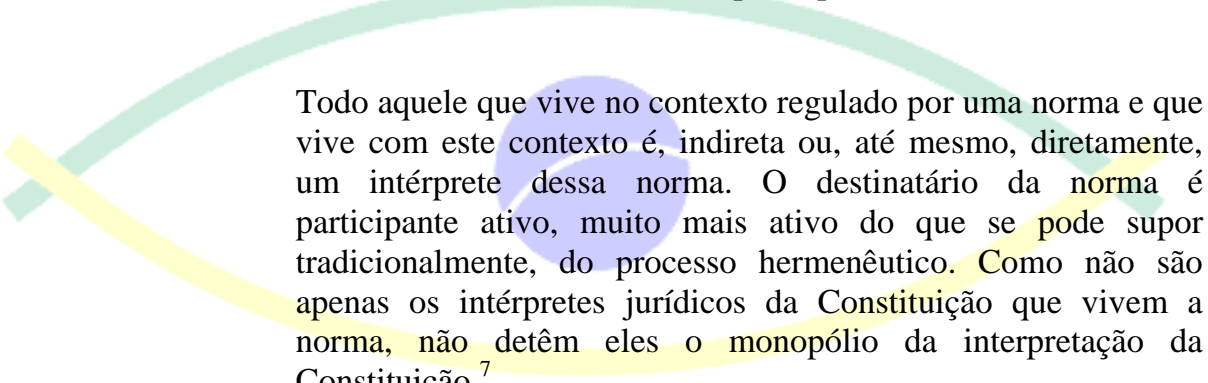
Foi por meio deste julgado que o Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, demonstrou o seu limite no que concerne ao controle de constitucionalidade. Asseverou-se, deste modo, que a atividade de fiscalização da conformidade das leis com a Constituição se restringe às leis infraconstitucionais, bem como aos atos normativos abstratos autônomos (decreto autônomo, por exemplo). Além dessas hipóteses, aplica-se a atividade fiscalizatória às emendas oriundas do

⁶ “Portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal, como já se salientou jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte Originário, não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhe pareçam desarrazoadas ou arbitrárias, para declarar estas inconstitucionais.” ADI 815-3, Min. Moreira Alves, p.05.

Poder Constituinte Reformador, principalmente quando estas atentem contra as cláusulas pétreas.

Todavia, a decisão não ganhou a notoriedade que deveria no contexto judicial. Pouco citada, olvida-se que foi um tanto quanto importante, até mesmo para a elaboração das leis sobre ADI(s) e das ADPF(s), que fixou parâmetros de controle.

Mister se faz lembrar que foi ao longo da primeira década e do início da segunda, ao longo desses vinte anos de Constituição, que se formou todo o arcabouço teórico do controle de constitucionalidade brasileiro e cuja evolução segue constante e cada vez mais dinamizada no contexto da vida social, como exposto por Häberle:



Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.⁷

É, portanto, por meio do aprimoramento dos métodos e técnicas de controle que se pode preservar a força mitótica da normatividade constitucional, pressuposto básico do Estado Democrático de Direito Republicano.

⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, Editor, 1997. p. 15.

4.0 Referências Bibliográficas

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra: Livraria Almedina: 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as Alternativas da Modernidade*. Tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

