

A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais Originárias - Sua Impossibilidade em Nosso Sistema Constitucional

José Carlos Moreira Alves, Ministro do Supremo Tribunal Federal

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias a dar azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras se me afigura impossível com o sistema de constituição rígida, como bem observou FRANCISCO CAMPOS (*Direito Constitucional*, I, p. 392, Livraria Freitas Bastos S. A., Rio de Janeiro/ São Paulo, 1956) ao acentuar que “*repugna, absolutamente ao regime de constituição escrita ou rígida a distinção entre leis constitucionais em sentido material e formal; em tal regime são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da constituição, seja qual foi seu conteúdo ou natureza*”. E repugna, porque todas as normas constitucionais originárias retiram sua validade do Poder Constituinte originário e não das normas que, também integrantes da mesma Constituição, tornariam direito positivo o direito suprapositivo que o constituinte originário integrou à constituição ao lado dos demais e sem fazer qualquer distinção entre esta e aquelas. É o que, com outras palavras, salienta JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, II, N° 72, p. 291, 2ª ed. revista, Coimbra Editora, Limitada, 1983) :

“No interior da *mesma* Constituição originária, obra do *mesmo* poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede. Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.”

Por isso mesmo, nossas Constituições republicanas- inclusive a atual- não mais contêm princípio distintivo que se assemelhe ao constante na Constituição imperial de 1824, que, em seu artigo 178, preceituava:

“Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais do cidadão. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.”

Ao contrário, delas resulta a estrita observância do princípio da unidade da constituição. Assim, 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 do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Ademais, essa função de guardião da Carta Magna Federal que é expressamente conferida ao Supremo Tribunal Federal ele a exerce por meio da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e no controle concentrado. Ora como reconhece BACHOF (*Normas Constitucionais Inconstitucionais*?, trad. CARDOSO DA COSTA, pgs. 62/63, Atlântida Editora, Coimbra, 1977), “se uma norma *Constitucional* infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, *contrária ao direito natural*”, o que, em análise, implica dizer que ela é inválida, não por violar a “norma da Constituição positivadora de direito supralegal”, mas, sim, por não ter o constituinte originário se submetido a esse direito suprapositivo que lhe impõe limites. Essa violação não importa questão de inconstitucionalidade, mas questão de ilegitimidade da Constituição no tocante a esse dispositivo, e para resolvê-la não tem o Supremo Tribunal Federal- ainda quando se admita a existência desse direito suprapositivo- competência. A propósito, bem acentua JORGE MIRANDA (ob. cit., II, n° 72, p. 290) :

“...não cremos que, a dar-se qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, estejamos diante de uma questão de

inconstitucionalidade, mas sim diante de uma questão que a ultrapassa, para ter de ser encarada e solucionada em plano diverso - no da Constituição. O que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas”.

Ademais, a propósito **BACHOF** (ob., cit., ps. 54 e segs.), que distingue a inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição com normas constitucionais de grau superior da inconstitucionalidade das normas constitucionais por “infração de 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 elas, no próprio dispositivo que as encerra ou em outro, salvo se essas exceções forem arbitrárias.

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 lhes pareçam desarrazoadas ou arbitrárias para declarar estas inconstitucionais. E isso sem considerar que a restrição admitida por Bachof é incongruente, pois quem é livre para fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções.

Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas e, portanto, possam ser emendadas. Como observa Gilmar Ferreira Mendes (Jurisdição Constitucional, p. 120, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996), a admissão dessas cláusulas decorrem de concepção que foi desenvolvida por **CARL SCHMITT** na vigência da Constituição de Weimar e que não se coaduna com a aceitação da *tese da hierarquia entre normas constitucionais*: “as emendas constitucionais haveriam de pressupor uma Constituição e seriam válidas em virtude desta Constituição” e, portanto, “nesse sentido, uma mudança da Constituição seria apenas possível se preservasse a identidade e a continuidade do texto constitucional como um todo”. Daí, acentuar **SCHMITT** (Teoria de la Consti-

tución, ps. 122/123, Editora Nacional, México DF, 1966):

“Las decisiones políticas fundamentales de la constitucion son asuntos propios del poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de constitucion; no a una revision constitucional”;

Para, mais adiante, tirar esta conclusão:

“Si por una expresa prescripcion legal- constitucional se prohibe una cierta reforma da la Constitución, esto no es más que confirmar tal diferencia entre revision y supresión de la constitución”.

Por isso, não se limitam as cláusulas pétreas a princípios que poderiam decorrer do direito suprapositivo ou supralegal a que estaria sujeito o constituinte originário, direito esse caracterizado por **BACHOF** (ob. cit., p. 80) como direito natural. “*não no sentido de princípios regulativos, mas no de normas de conduta imediatamente jurídico - vinculativas*” encerrando “aquele mínimo sem o qual uma ordem já não merecia a qualificação de ordem jurídica”. Assim, por exemplo, a forma federativa de Estado - uma de nossas cláusulas pétreas atuais - nada tem que ver com esse mínimo.

Não pode, pois, o Supremo Tribunal, em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, fiscalizar o Poder Constituinte originário, quer em face do direito suprapositivo não positivado na Constituição, quer diante do direito suprapositivo não positivado na Carta Magna, quer com base em normas constitucionais que seriam de grau superior ao das demais.