

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1985

ANO 22 • NÚMERO 85

Hierarquia entre normas constitucionais

NELSON DE SOUSA SAMPAIO
Universidade Federal da Bahia

Uma representação de inconstitucionalidade

Em 1983, os jornais noticiaram que, juntamente com meu grande amigo e colega Rubem Nogueira, tinha eu peticionado ao Procurador-Geral da República para que ele encaminhasse representação ao Supremo Tribunal Federal, arguindo a inconstitucionalidade em tese do dispositivo da Constituição que pune a infidelidade partidária com a perda do mandato parlamentar em todos os níveis de atividade legiferante do País, das Câmaras de Vereadores, passando pelas Assembléias Legislativas, até o Congresso Nacional. A norma criticada figura, hoje, no § 5º do art. 152 de nossa Lei Maior.

O fato de haver levantado a questão, que é inédita, ao meu conhecimento, em nossa vida jurídica, me obriga a breve esclarecimento ao público em geral — ao leigo e ao especializado —, pois não interessa apenas aos juristas e homens do foro, mas a todos os brasileiros. Não se trata, em verdade, de tema meramente acadêmico, porquanto contém profundas repercussões para os direitos dos cidadãos, para a fixação das prerrogativas do Legislativo e para a delimitação da competência do Judiciário, tudo resultando no aprimoramento das instituições de uma sociedade pluralista.

Problema terminológico

Logo de início, surge uma vacilação de terminologia. Falaríamos de normas inconstitucionais da Constituição, sem cairmos em contradição no adjetivar? O choque de nomenclatura estaria atenuado — mas não evitado — se tivéssemos, como os alemães, duas palavras para designar a Lei Maior, o termo de origem germânica e mais usado *Verfassung*, e o de proveniência latina *Konstitution*. Daí o constitucionalista alemão poder referir-se a *unkonstitutionelle Verfassungsnorm* ou, mesmo, a *unkonstitutionelle Ver-*

fassung. A qualificação "inconstitucional", aí, remete aos requisitos fundamentais de uma Constituição segundo a preferência do autor, geralmente às Constituições liberais. Foi essa conotação valorativa que os revolucionários franceses inscreveram no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

"Toda sociedade em que não é prevista a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos Poderes não possui Constituição."

Apesar disso, um professor da Universidade de Tuebinguen, Otto Bachof, não hesitou em intitular um precioso ensaio com a expressão interrogativa **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** ⁽¹⁾, conforme a versão lusitana, que segue, ao pé da letra, o original **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?** Não nos detenhamos, porém, numa discussão sobre rótulos. Designemos a matéria, pelo menos provisoriamente, de "normas constitucionais inaplicáveis".

História dessa tese

Passarei a historiar sumariamente minha evolução a respeito. Desde a introdução da perda de mandato por infidelidade partidária em nosso texto constitucional, por meio da chamada **Emenda** nº 1, de 1969, venho sustentando que se trata de excrecência jurídica afrontante de toda a teoria e a prática do governo representativo como surgiu na Inglaterra e ganhou universalidade com a Revolução francesa de 1789. Destruuiu-se, então, a praxe, vigorante desde os primeiros ensaios medievais de representação política, segundo a qual o eleito recebia instruções do eleitorado, ficando obrigado a cumpri-las sob pena de revogação do seu mandato. O parlamentar moderno passou a ficar subordinado apenas à sua consciência, daí nascendo o conceito de inviolabilidade do mandatário popular.

Em 1980, convidado a fazer uma exposição perante a Comissão Mista do Congresso, encarregada de dar parecer sobre a abortada proposta de emenda constitucional restauradora das prerrogativas do Poder Legislativo, verifiquei como os congressistas presentes se surpreenderam quando incluí o Brasil entre os países que não acolhem a inviolabilidade parlamentar, entendida a inviolabilidade como imunidade material, isto é, como inimizabilidade pelas opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato. A afirmativa fundava-se não apenas na restrição do art. 32 da Lei Maior, o qual, segundo a Emenda nº 11, tornava o parlamentar responsável por "crime contra a segurança nacional", cometido "no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos". A inviolabilidade também desaparecia quando o congressista deixasse de cumprir as "diretrizes" do Partido. A maioria dos nossos Licurgos não se havia dado conta dessa anulação de sua imunidade material em virtude da distância topográfica entre os dois preceitos. Enquanto a inviolabilidade do legislador é consagrada no art. 32,

(1) Tradução e nota prévia de JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, Investigador da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, Atlântida Editora, 1977. O título foi traduzido ao pé da letra do original **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?**

sua negação, sob a forma de fidelidade partidária coativamente prescrita, se encontra no bojo do art. 152 do diploma constitucional. Jungido às instruções partidárias, como se poderá sustentar que o legislador brasileiro somente deve obediência aos ditames de sua consciência?

O Brasil coloca-se, assim, ao lado dos países de tipo marxista-leninista — os únicos que, pela lei e pela doutrina, adotam o mandato imperativo para os “representantes do povo” de todos os níveis, desde o Supremo Soviete da União, o das Repúblicas Soviéticas, o das Repúblicas Autônomas (onde elas existem), o Soviete dos Territórios e Regiões, o das Regiões e Áreas autônomas até os Sovietes dos distritos, das cidades e das aldeias. Há, contudo, uma diferença entre o mandato imperativo russo e o nosso. Nesse ponto, o Brasil é mais soviético do que o país dos soviets: neste, somente o povo pode dar instruções aos eleitos e revogar-lhes o mandato, pelo menos formalmente, porquanto sabemos que, **de facto**, nada se move, aí sem o impulso do Partido Comunista, “a força condutora e dirigente da sociedade soviética e o núcleo do seu sistema político”, segundo a letra do art. 6º da Constituição da URSS. Entre nós, porém, confere-se, com todas as letras, ao Partido o direito de ditar instruções aos parlamentares e de iniciar o processo para a decretação da perda de mandato.

Em minha já referida exposição aos congressistas, está, em forma sintética, todo o meu pensamento. Depois de enfileirar os argumentos, aponto o conflito entre o preceito da fidelidade partidária legalmente imposta e uma série de preceitos basilares da representação democrática. Em face da antinomia, arrematava que o julgador devia dar preferência às normas da última categoria que, “além de mais ponderáveis, são em maior número, rejeitando a primeira como corpo estranho enxertado no organismo constitucional”.

Em 1982, tendo de apresentar um trabalho ao Congresso de Filosofia do Direito de La Plata, Argentina, escolhi o tema genérico do antagonismo de normas do mesmo plano hierárquico e tomei como exemplo o mencionado dispositivo brasileiro da perda de mandato por infidelidade partidária. Dei à comunicação o título “Incongruências dentro do mesmo Setor Normativo” — trabalho publicado no nº 76 da *Revista de Informação Legislativa*, sob a epígrafe mais atrativa para o leitor brasileiro: “Perda de Mandato por Infidelidade Partidária?”. Trata-se, pois, de trabalho teórico, sem qualquer inspiração partidária. Situa-se em plano superpartidário. Não serve deliberadamente aos interesses desta ou daquela agremiação, embora sirva a todos os Partidos genuinamente democráticos.

Antes da publicação, dei a tese, para troca de idéia, a alguns colegas. Deles, o que mostrou maior interesse, chegando ao entusiasmo, foi Rubem Nogueira, que de logo aventou a sugestão de representar ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, combinamos provocá-la conjuntamente, trazendo ele a colaboração oriunda da leitura da monografia de BACHOF, que eu desconhecia. As idéias de BACHOF produziram-me certa ambivalência. Por um lado, tive a gratificação intelectual de ver que, em essência, seu pensamento coincidia com o meu; por outro lado, verifiquei como estava atrasado, nesse

ponto, com a doutrina constitucional alemã, vez que somente conhecia algumas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha do Ocidente (Bundesverfassungsgericht), que se referem à diferença de “peso” ou de “valor” entre normas de uma Constituição — o que é, como visto, o cerne da minha argumentação. Seja qual for, entretanto, a posição jusfilosófica de BACHOF, que não conheço em profundidade, dele somente tomei os pontos de vista que não me arredam do terreno puramente do direito positivo em que me coloco. Reporto-me às assertivas de BACHOF de que devem ser consideradas inconstitucionais as normas de uma Constituição que redundam em frontal contradição com o seu núcleo fundamental.

Ninguém pode comparar, por exemplo, o valor de normas definidoras do nosso sistema constitucional com outras de natureza rigorosamente regimental para o funcionamento do Legislativo. Para expressar com palavras de BACHOF, trata-se da tese de um preceito do documento constitucional poder “ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de contradição com preceito de grau superior do mesmo documento constitucional” (p. 55).

Minha tese, pois, não é nenhuma inovação, a não ser na doutrina brasileira. Ademais, nada tem de revolucionária, tendo, antes, a feição do óbvio, porquanto somente considero inaplicável uma norma do constituinte originário quando em flagrante e insanável conflito com outra norma do mesmo texto constitucional reputada de maior peso ou de mais alto valor.

Outro valioso apoio doutrinário

Quando elaborei minha tese para o Congresso de La Plata, desconhecia um inestimável ensaio de perfeita coincidência com meu pensamento, o dos juristas MARCEL BRIDEL e PIERRE MOOR, denominado “Observações sobre a Hierarquia das Normas Constitucionais” (2). Depreende-se do próprio título essa coincidência, sendo de notar, porém, que os autores se mostram mais enfáticos em suas expressões do que o fui no meu linguajar. Enquanto eu me refiro a uma **subiararquia interna** das normas constitucionais, aqueles ensaístas sempre falam de “hierarquia”.

Observe-se que nossos autores escrevem a propósito da Constituição da Suíça, país onde não existe o controle de constitucionalidade das leis, a não ser na escala mínima inerente a toda a federação, pela qual, nas matérias de competência exclusiva ou concorrente da União, o direito federal invalida o direito do Estado-Membro (Bundesrecht bricht Landesrecht). A questão, porém, adquire grande importância relativamente às duas espécies de reforma constitucional existentes na “Confederação” helvética, a revisão total e a parcial, cada uma com seu processo, sendo a primeira, como natural, mais dificultosa do que a segunda. O objetivo principal dos dois juristas é

(2) *Quelques Opinions sur la Revision de la Constitution Fédérale*, MARCEL BRIDEL et PIERRE MOOR: “Observations sur la Hiérarchie des Règles Constitutionnelles”, *Revue de Droit Suisse*, Fascicule Spécial, Neue Folge, Band 87, I, 1968, Heft 4. Agradeço ao Professor ALCINO PINTO PALCAO o conhecimento desse precioso ensaio.

justamente o de chamar a atenção para a possibilidade de uma reforma rotulada de "parcial" ser mais profunda do que outra apelidada de "total". Tudo depende das normas atingidas por qualquer das duas variedades de reforma. Por isso mesmo, BRIDEL e MOOR iniciam o seu estudo com estas palavras:

"O menor golpe de vista lançado à Constituição formal da Confederação suíça basta para revelar quanto os seus artigos são diversos. Tradicionalmente considerados como tendo o mesmo alcance jurídico, na realidade eles diferem profundamente em importância."

Nossos autores prosseguem, afirmando que poderiam chamar o cerne vital da Lei Maior "as **essencialia** da Constituição federal, isto é, os elementos primordiais do direito público suíço. Consideram-se geralmente como tais a democracia, o federalismo e o liberalismo. . . . Do ponto de vista formal, **todas essas "essencialia" não constituem objeto de disposições expressas**. Assim se passa com o Estado de direito, que não se deduz senão indiretamente do conjunto de nossas normas constitucionais. Do mesmo modo, o princípio da separação dos Poderes não está explícito em nenhuma parte, ainda que ele tenha inspirado — para não dizer mais — todo o capítulo segundo da Constituição".

A respeito dos direitos individuais, ponderam os dois escritores:

"E, se os diferentes direitos do homem são enunciados singularmente em dispositivos tópicos em geral concisos, estes são apenas peças esparsas (além de lacunosas) de um verdadeiro **Bill of Rights, completados por princípios de direito "não escritos"**, reconhecidos e afirmados pela jurisprudência. Existem, pois, profundas relações de interdependência entre numerosos artigos da Constituição federal, e se pode chegar até a dizer que as regras superiores do direito público suíço somente se inferem dessas relações. Além disso, entende-se que as relações entre artigos constitucionais não são somente de interdependência, mas também de subordinação. . . . Frequentemente, aliás, a **relação de subordinação** é de vários graus. Uma disposição comanda outra que, por sua vez, comanda uma terceira etc. . . . Assim, seguidamente e de grau a grau, desenha-se uma **hierarquia** ou, antes, hierarquias formais entre as disposições da Constituição."

As **essencialia** de uma Constituição BRIDEL e MOOR contrapõem as **accidentalialia**.

"Por fim" — escrevem —, "encontramos, na Constituição positiva, grande número de normas que somente têm de constitucional a forma. Enquanto uma sã doutrina ensina há muito tempo distinguir materialmente entre as leis ordinárias, de uma parte, e a Constituição, de outra parte, a nossa Constituição se desenvolveu

sem nenhum cuidado dessa diferença. Desse modo, o que se chamou o limite inferior da Constituição é hoje uma fronteira aberta, invadida por elementos adventícios. Não temos a intenção de realçar aqui o traçado ideal dessa fronteira que, segundo feliz expressão de M. AUBERT, é **menos uma linha que uma zona**. Ademais não há nenhuma necessidade de fazer-se um reconhecimento preciso dessa zona para verificar que a Constituição federal está carregada de normas que, longe de serem **materiae Constitutionis**, são dignas, quando muito, de figurar em leis ordinárias, senão em simples regulamentos.”

Certa revivescência do conceito material de Constituição?

De algum modo, o problema em foco tem certa vinculação com o conceito **material** de Constituição, segundo o qual as normas constitucionais se definem pelo seu conteúdo ou natureza, embora se trate de tema de maior abrangência. Materialmente, a Constituição é o conjunto de normas que estruturam os órgãos supremos do poder e lhes fixam a competência. À esse cerne, a tradição de raiz liberal acrescentou o rol dos direitos individuais que, na realidade, não são estranhos à configuração do poder, porquanto delimitam a esfera de ação da autoridade.

Com a voga das Constituições escritas, o conceito **formal** ganhou generalizada preponderância. Tudo que estiver contido no documento rotulado de “Constituição” é constitucional, não importa a **matéria** das diferentes normas. Nos dias de hoje, entretanto, surge, notadamente na Alemanha, uma tendência a fazer vingar a validade do conceito material, ainda quando exista uma Constituição escrita. Aliás, a mais velha das Constituições escritas em vigor, a americana, cingiu-se àquela concepção material. Os direitos individuais somente ingressaram na Constituição americana com as dez primeiras Emendas — comumente chamadas de “Declaração de Direitos” (Bill of Rights). Tais Emendas resultaram de promessa dos defensores da Constituição, feita a fim de vencer a resistência do povo e dos Estados recém-federados contra a ratificação da nova Carta constitucional em virtude da omissão do rol de liberdades públicas. As Emendas sossegaram o espírito liberal dos indivíduos e o temor dos Estados-Membros de que a passagem da Confederação para a Federação pudesse pôr em risco sua autonomia.

Escrevendo na segunda década do século passado, BENJAMIN CONSTANT advoga a mesma idéia de Constituição de sentido material⁽³⁾. Como outros trechos do seu **Curso de Política Constitucional**, suas palavras foram reproduzidas, quase literalmente, em nossa Constituição de 1824, cujo art. 178 estatui:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

(3) *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, Guillaumin et Cie., 1861, 1.º Tomo, p. 263.

É cópia exata do artigo de igual numeração do Projeto da Constituinte de 1823.

Nossa Constituição de 1934, embora não abrace integralmente a noção material da Lei Magna, dela se aproxima, ao distinguir, no processo de reforma constitucional, entre “emenda” e “revisão”. A emenda era uma cirurgia menor que deixaria intocado o âmago da Constituição ou do que se compreende por esta em sua acepção material. A revisão era uma grande cirurgia que interviria no centro vital da Constituição. De qualquer sorte, a Carta política de 1934 consagra, em termos iniludíveis, o princípio da hierarquia entre dispositivos promulgados pelo constituinte originário, diferenciando os mais importantes ou de maior valor normativo daqueles que não têm o mesmo relevo.

Leia-se o art. 178 dessa Constituição:

“A Constituição poderá ser emendada quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1º a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III e IV do Título I) o Capítulo V do Título I, o Título II, Título III; e os arts. 175, 177, 181, e este mesmo art. 178; e revista, no caso contrário.”

Em seguida, regula, para cada uma das duas hipóteses, diverso procedimento quanto ao **quorum** da iniciativa, o de deliberação e o espaço de tempo para a aprovação final da proposta. Diversa também seria a junção das espécies de reforma com o texto constitucional: a revisão seria a ele incorporada; e a emenda, anexada com o respectivo número de ordem.

A um entusiasta do mandato imperativo

Já esclareci que minha tese é mais ampla do que o tema da perda de mandato por infidelidade partidária, porquanto essa questão é mero exemplo no bojo de meu trabalho sobre antinomias existentes entre normas de igual hierarquia. Todavia, depois de haver publicado, na imprensa diária, breve notícia sobre as idéias aqui expostas, um jovem colega saiu em defesa do mandato imperativo, no mesmo jornal. Seus argumentos podem ser resumidos a dois: **a)** o mandato imperativo constitui uma superação do “mandato representativo”, nascido do liberalismo clássico já superado; **b)** o mandato imperativo tem o mérito de coadunar-se mais com a “relevância da intervenção estatal, com a finalidade de promover o bem-estar social, dinamizar os valores da justiça e da igualdade substancial”.

A primeira opinião seria de ordem fática, do tipo: o mundo marcha para o mandato imperativo. Somente a História poderia confirmá-la ou, melhor, a filosofia da História, se, a esta altura, a competência para tanto não pertencesse à futurologia. A segunda assertiva envolve um julgamento sobre o mandato imperativo, de acordo com as preferências valorativas de cada pessoa. Em face dessas razões, tive de responder como se segue.

1) Meu trabalho é predominantemente jurídico. Levanto o problema se o controle judicial de constitucionalidade pode estender-se até as normas da Constituição. Não me refiro apenas a preceitos introduzidos na Lei Maior pelo reformador constitucional, porquanto é pacífico, na boa doutrina — além dos precedentes judiciais — que eles estão sujeitos à revisão judicial. Considero que também se acham na mesma situação as cláusulas elaboradas pelo próprio constituinte originário.

Trata-se, pois, de matéria inédita entre nós, e suscitada, de algum tempo para cá, em países europeus, a começar pela Alemanha Ocidental. Minha posição decorre do reconhecimento do diferente peso ou valor normativo de prescrição da mesma Constituição, ou seja, da hierarquia interna de suas disposições, para exprimir-me como dois juristas da Europa, BRIDEL e MOOR, em pequeno trabalho que somente agora li. Assim, num exemplo brasileiro, ninguém negará a disparidade de força normativa entre o § 3º do art. 33 e § 1º do art. 1º da Constituição federal. Aquele parágrafo reza: “O pagamento da parte variável do subsídio corresponderá ao comparecimento efetivo do congressista e à participação nas votações”; enquanto o outro dispositivo invocado diz: “Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

2) A perda de mandato por infidelidade partidária foi mera exemplificação da incompatibilidade insanável entre preceitos — e são vários — do mesmo setor normativo. Mas foi essa questão, com o seu corolário — o mandato imperativo —, que nosso articulista preferiu examinar e sob um ângulo preponderantemente político. Aí, justamente, é que seus argumentos estão a merecer os mais sérios reparos, embora não tenha espaço para apontar-lhe todos os enganos.

No artigo ora comentado, nota-se claro entusiasmo com o chamado “Estado de Partidos” — o *Parteienstaat* dos alemães ou a *partitocrazia* dos italianos. Uma vez que os parlamentares serão sempre, por força do mandato imperativo, fantoches dos Partidos, poder-se-ia, juridicamente, dispensar o Parlamento. Mais uma vez cito exemplo do valioso ensaio de MARCEL WALINE, *Os Partidos contra a República* (4). Figura ele uma eleição entre quatro Partidos, na qual cada um reunisse, respectivamente, 40%, 30%, 20% e 10% dos votos. E conclui:

“Bastaria um diretório de 4 pessoas, deliberando uma com 4 votos, a outra com 3, a terceira com 2 e a última com um só. Economizar-se-ia um Parlamento e o resultado seria o mesmo.”

Nessa concepção, o Estado se converteria numa federação de Partidos ou de unidades incorporadas, que dilacerariam a unidade nacional, até reunir todos em um só rebanho e um só pastor. Toda a nação se reduziria a uma coleção maior ou menor de “oligarquias” digladiantes — oligarquias pela sua própria natureza de grupos de combate, como ROBERT MICHELS bem caracterizou as agremiações partidárias em sua obra clássica *Os Parti-*

(4) *Les Partis contre la République*, Paris, Ed. Rousseau et Cie, p. 65.

dos Políticos. Na permanente guerra civil, o peixe maior devoraria, com mais ou menos pressa, os menores até ser o único senhor do aquário nacional. Se preferem uma imagem orwelliana, o irmão maior trucidaria os menores até chegar à indisputada culminância de único "grande irmão".

3) É verdadeiramente singular a visão do nosso articulista ao descobrir no mandato imperativo o vitorioso adversário da política do *laissez faire* e, ao mesmo tempo, o grande fomentador do *welfare state*, além de ser o dinamizador dos "valores da justiça e da igualdade substancial".

Nenhum teórico político ou estadista enxergou isso. Pediria, pois, para minha ilustração, que me apontasse uma verdadeira democracia ou, na linguagem dos juristas, um verdadeiro "Estado de direito democrático" ou "Estado social de direito" que tenha adotado o mandato imperativo. Na verdade, posso generalizar e dizer que, à exceção das Constituições que seguem o modelo soviético, não conheço (ressalvada a brasileira de hoje) nenhuma que consagre esse modo de representação política, porquanto sua adoção deve ser expressa. O silêncio significa proibição do mandato imperativo.

Não obstante, vou citar uma lista de Constituições e de documentos constitucionais sobre cujo caráter democrático não paira a menor sombra de dúvida: Grã-Bretanha (Declaração de Direitos, de 1689, art. 9º); Suécia (art. 1º da **Lei do Parlamento**); Estados Unidos (art. 1º da Seção 6ª); Suíça (art. 91); Bélgica (art. 32); Noruega (art. 66); Finlândia (**Lei Orgânica da Câmara dos Deputados**, § 11); Dinamarca (art. 56); Islândia (art. 48); França (art. 27); Itália (art. 67); Áustria (art. 56); Holanda (art. 100); Japão (art. 51); Liechtenstein (art. 57); Grécia (Const. de 1975, art. 60, nº 1; Espanha (art. 67, nº 2); Portugal (art. 152, nº 3); Alemanha Federal (art. 38) e seus Estados-Membros, Baden (arts. 61 e 121); Baviera (art. 13, nº 2); Bremen (art. 83); Hamburgo (art. 4); Baixa Saxônia (art. 3); Renânia do Norte-Westfália (art. 30, nº 2); Renânia-Palatinado (art. 79); Schleswig-Holstein (art. 9, nº 2); Wuerttemberg-Baden (art. 51); Wuerttemberg-Hohenzollern (art. 37); Hessen (art. 77).

Eis aí documentos constitucionais seculares ao lado de recentes Constituições que timbram em mostrar que a proibição do mandato imperativo não é um passadismo a ser abandonado ligeiramente pela miragem de suposta moda intelectual. Entre essas Magnas Cartas, muitas surgiram depois da Segunda Guerra Mundial. Mas não houve cientista político, estadista ou pensador que tivesse aderido à doutrina, deveras original, do mandato imperativo como moia propulsora do bem-estar e da justiça social, apesar de vários dos países reconstitucionalizados se proclamarem, constitucionalmente, "Estado social de direito" ou "socialista" democrático.

Os exemplos mais expressivos se encontram na Alemanha Ocidental, que bem se recordava da competição canibalesca entre os Partidos, em passado próximo, quando um Partido almoçava seu concorrente para não ser por ele jantado, até que o banquete final deu a vitória à trágica glotoneria de Hitler. Os textos germânicos referidos insistem que os parla-

mentares não recebem ordens ou instruções. Outras Constituições procuram, enfaticamente, livrar o parlamentar de qualquer forma de opressão derivada do sistema de Partido e seu endurecimento, a exemplo do art. 121 da Lei Básica de Baden:

“É proibido prometer obediência incondicional a um Partido ou a seus líderes bem como exigí-la. Pode-se sair de um Partido a qualquer tempo segundo o estatuto partidário. Em seus discursos, ações, deliberações e votações, todo Deputado obedece à sua convicção e consciência.”

Por coerência, nosso jovem colega não poderá fugir à conclusão de que não existe “Estado de bem-estar social” fora do bloco das nações marxistas-leninistas. Torna-se ele, assim, sem se dar conta, o que vale dizer, involuntariamente, apologista de um sistema totalitário, o de tipo soviético. Orgulhemo-nos, porém, já que temos o mais aperfeiçoado modelo de mandato imperativo. Na URSS, é o eleitorado que dá instruções aos eleitos e lhes revoga o mandato. No Brasil, o parlamentar recebe as instruções para cada caso, conforme os ditames da oligarquia partidária, à qual cabe, também, iniciar o processo de sua destituição, processo que, por outra aberração jurídica, chama o Judiciário para decidir questões eminentemente políticas. Encerremos com a mais ufanista das deduções: o Brasil é o campeão do bem-estar social no mundo, do mesmo modo que é o paradigma da “igualdade substancial” de um povo.

O apelo ao Judiciário

Como já ficou expresso, Rubem Nogueira animou-me a, com ele, levar tais pontos de vista ao mais alto Pretório da nação, sob a forma de ação direta de decretação de inconstitucionalidade. Logo nos começos de 1983, endereçamos ao Procurador-Geral da República nosso pedido para que formulasse a devida Representação ao Supremo Tribunal Federal. Em 27 de abril de 1983, o Procurador da República Walter José de Medeiros emite parecer desfavorável que, no mês seguinte, provoca o despacho de arquivamento⁽⁵⁾ ao nosso trabalho. O parecer do Procurador Walter Medeiros é curioso. Em sua maior extensão, reproduz trechos do nosso arrazoado, trazendo, depois, à colação a autoridade de vários juristas que ele supõe socorrê-lo, quando a maioria dos invocados o desampara irrefutavelmente. Contudo, cumula o trabalho que rejeita com encômios que raramente os seus autores, em sua vida de advogados, teriam recebido. Depois de reconhecer “a excelência das razões... , formuladas com grande erudição e notável saber jurídico”, conclui: “não me animo a perfilhar, pelo menos por ora, as idéias aqui lançadas, de forma pioneira — diga-se a bem da verdade”. Então, se o arrazoado se reveste desses títulos, não deveria subir à apreciação do nosso mais eminente Tribunal, em lugar de ser condenado à poeira dos arquivos da Procuradoria-Geral da República? — A resposta deve estar no caráter **político** — e não jurídico — do Parecer, como se desprende da confissão contida no bojo da citação, quando o

(5) *Diário da Justiça*, de 23-5-1983, p. 7.155.

Procurador Medeiros declara que não se anima a perfilhar nossas idéias "pelo menos por ora".

Situações esdrúxulas e decepcionantes como essa resultam — deve-se reconhecer — de inegável cumplicidade da nossa Corte Suprema, ainda não afeita ao relevante papel e alcance da declaração de inconstitucionalidade em tese. Competente para legislar sobre os processos de sua competência originária ou recursal, o Supremo Tribunal, no art. 169 do seu Regimento Interno, reduziu a iniciativa da ação direta de inconstitucionalidade a um privilégio exclusivo do Procurador-Geral da República, que ele "poderá" exercitar ou deixar de fazer. Com isso, colaborou para inverter o sentido dessa medida judiciária de modo paradoxal. Por obra de HANS KELSEN, a decretação em abstrato de vício inconstitucional visou, preponderantemente, a dois objetivos: 1) defesa e aprimoramento das instituições jurídicas; 2) reforço e ampliação do arsenal de defesa dos direitos humanos⁽⁶⁾. — Entre nós, temos o inverso. Como não se ignora, o maior legislador federal, no Brasil de hoje, é o Chefe do Executivo, pela competência de baixar decretos-leis — competência que deveria ser exercida em cunho excepcional, mas convertida quase na forma mais freqüente de nossa legislação —, pela iniciativa exclusiva e privilegiada na maioria dos projetos de lei, para os quais pode determinar a inovação brasileira da aprovação pelo decurso de prazo, e, por fim, pelo direito de veto. Desse modo, o Procurador-Geral é provocado para arguir a inconstitucionalidade de leis oriundas ou do interesse do Presidente da República, do qual ele é alto funcionário de confiança, ou seja, demissível à vontade — *ad libitum* — do primeiro magistrado da nação. Em lugar, pois, de ser um instrumento de aperfeiçoamento das instituições e de maior e mais pronta salvaguarda das liberdades fundamentais, expurgando o ordenamento jurídico de normas inconstitucionais, a nova modalidade da revisão judicial — da *judicial review* — se transmudou em arma para defender a legislação de procedência ou de interesse presidenciais. Daí que, na atual fase de preocupação pelo restabelecimento de uma sociedade pluralista no País, tenha sido praticamente nula a atuação do Supremo Tribunal Federal. Evidentemente não o convido a envolver-se em matéria partidária, mas desejo que não se esqueça de que, para o desempenho da missão de guarda da ordem jurídica, o Supremo Tribunal realiza um ato de legítima defesa de todo o Judiciário, cujas garantias clássicas somente são consagradas e respeitadas, como demonstram provações recentes da nossa história, no Estado democrático de direito. Meu grande conterrâneo JOÃO MANGABEIRA escreveu que o Poder que mais falhou, na 1ª República, foi o Judiciário. Deixo em suspenso esse juízo, pois sua confirmação exigiria uma aprofundada pesquisa histórica que ainda não me foi dado empreender. Mas, quanto às últimas décadas, julgo que o Judiciário se tem omitido de ocupar os espaços que lhe são oferecidos para o cumprimento de

(6) Veja-se, para uma leitura introdutória, o livro de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, Univ. Autónoma de México, 1980, bem como o livro de MAURO CAPPELLETTI, *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*, traduzido para o português, com o mesmo título, este ano, e editado por Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre.

sua imensa missão no campo dos direitos do homem e para a diminuição das imperfeições de nossa ordem jurídica. Não preciso aduzir que essas ponderações não se dirigem a pessoas, mas à própria organização da Justiça, que deve ser a primeira interessada a corrigir possíveis falhas.

De fato, não há país que tenha adotado o instituto da ação direta de inconstitucionalidade, que fizesse depender a sua iniciativa de um órgão exclusivo. Em todos eles, várias autoridades podem pô-la em movimento e, por via de recurso, também os indivíduos quando estiverem em jogo determinados direitos e garantias constitucionais. Na Constituição da Alemanha Federal, nº 4a do art. 93, o cidadão pode ir até o Tribunal Constitucional Federal a fim de defender seus direitos cívicos, inclusive o da ocupação de cargos públicos (art. 33); a capacidade eleitoral ativa e passiva para as eleições parlamentares (art. 38); a não-sujeição a tribunais de exceção (art. 101); o direito à prestação jurisdicional (art. 103); os remédios contra privações arbitrárias da liberdade (art. 104). Deixamos para mencionar por último, como o mais expressivo da natureza altamente protetora que representa esse tipo de ação para os indivíduos, o apelo que eles podem fazer ao Tribunal Constitucional para exercer o seu "direito de resistência" contra quem quer que intente derrubar o núcleo da ordem jurídica da República alemã, consistente em "um Estado federal, democrático e social". Tão elevadas atribuições dão razão ao jurista italiano MAURO CAPPELLETTI quando caracteriza a ação direta de inconstitucionalidade como a "jurisdição constitucional da liberdade", do mesmo modo que ressaltam a propriedade do título expressivo do livro de outro especialista da mesma seara, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, **Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos**. Observe-se também que, na Itália, a Corte Constitucional forma uma secção do Título "Garantias Constitucionais".

A sentença declaratória de inconstitucionalidade empresta ao Judiciário um cariz de legislador. O diploma legislativo que rege o Tribunal Constitucional alemão estipula que tal decisão tem "força de lei" (Gesetzeskraft). A Constituição austríaca de 1920, berço da instituição gerada por HANS Kelsen — Constituição revigorada em 1945, nos termos da emenda de 1929 —, é ainda mais vigorosa, como atestam os dizeres do seu art. 140, nº 6:

"Se uma lei é revogada (aufgehoben) como inconstitucional por julgado da Corte Constitucional, os dispositivos legais revogados pela lei declarada inconstitucional retomam a sua vigência a partir da entrada em vigor da revogação do mesmo diploma inconstitucional, a não ser que o Tribunal decida de outro modo."

O resultado soa estranho aos ouvidos dos juristas brasileiros, duplamente, por estarem adstritos ao preceito de que a lei somente se revoga por outra, e pela norma de que a lei revogada não se restaura por haver a lei abrogadora perdido a vigência. Mas, para os sistemas em que a declaração de inconstitucionalidade acarreta a nulidade da lei, a reprivati-

nação não deixa de ter a sua lógica. É o que consagra, com todas as letras, a Constituição portuguesa revista em 1982, em seu art. 282, nº 1:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a **repristinção** das normas que ela, eventualmente, haja revogado.”

Pelo visto, o Brasil atual possui o mais completo sistema de controle de inconstitucionalidade, pela junção do modelo estadunidense com o austríaco: a revisão judicial por todos os órgãos judiciais, quando se trata da inconstitucionalidade em casos concretos, e a revisão judicial em tese como prerrogativa de determinado tribunal. Na realidade, quando o nosso Supremo Tribunal Federal exercita a última hipótese de jurisdição, é uma verdadeira Corte constitucional. Seria de grande alcance para o aprimoramento do nosso Judiciário que o Supremo Tribunal se convencesse do alto significado de tal prerrogativa. Todavia, como visto, houve uma deformação autoritária da amplitude da revisão judicial que o sistema brasileiro permite — deformação que esperamos seja meramente conjuntural. Para apressar a devida correção, bastaria que o STF inserisse no art. 169 do seu Regimento Interno um parágrafo formulado, mais ou menos, com estes dizeres:

“Quando o Procurador-Geral for solicitado a apresentar a representação prevista neste artigo, encaminhá-la-á ao Tribunal com parecer favorável ou desfavorável.”

O receio de que o Supremo Tribunal seja congestionado por uma plethora de representações de inconstitucionalidade em tese jamais poderá ser invocado. Primeiro, porque existiria medida processual para vencer esse inconveniente, como a designação de um Ministro com alguma especialização em direito constitucional, em caráter mais ou menos permanente, encarregado de realizar um relatório sumário sobre o petitório, o qual só vingaria nos casos em que o Plenário decidisse dar-lhe prosseguimento. Segundo, porque não haverá acúmulo de trabalho, por mais formidável que fosse, que justifique a flagrante inconstitucionalidade da transferência da revisão judicial nesse campo — como já demonstrado, da maior transcendência — para o Procurador-Geral, funcionário executivo demissível *ad nutum*, que daria a última palavra sobre as questões dessa natureza. A competência para julgar a inconstitucionalidade é do Supremo, que não pode abrir mão de tão alta prerrogativa, sem se despojar de seu papel de sumo intérprete da Constituição, transferindo-o ao Procurador-Geral da República. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é, nesse ponto, desenganhadamente inconstitucional. A Constituição arrola, na competência originária do Supremo Tribunal, processar e julgar “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 119, I, letra l). Com isso não se pode entender que o Procurador-Geral é o juiz da inconstitucionalidade argüida. Seria uma interpretação descabelada, que implantaria o mais estranho método de controle de inconstitucionalidade, sem similar em nenhum país do mundo, além de contrário à nossa tradição. No Brasil, desde que

se introduziu, a partir da República, a defesa contra leis inconstitucionais, essa missão sempre coube ao Judiciário. Seria absurdo que, ao ampliar essa defesa, sob a feição mais ampla e elevada, qual seja a decretação de inconstitucionalidade em tese, o seu exercício pelo mais alto Tribunal ficasse ao alvedrio da Procuradoria-Geral. O Procurador-Geral é veículo ou conduto para o desempenho da competência do Supremo, e não obstáculo ou órgão anulador dessa competência, podendo impedir que todas as arguições de inconstitucionalidade em abstrato subam àquele Pretório ou somente lhe devolvendo, ao seu arbítrio, o conhecimento de algumas dessas arguições. Contudo, o Supremo Tribunal atenuou, embora parcimoniosamente, a rigidez — inconstitucional, refriço — do seu Regimento Interno, aceitando, em mais de um caso (são raríssimos os precedentes), reclamação contra despacho de arquivamento do Procurador-Geral das objeções de inconstitucionalidade. Meu colega Rubem Nogueira e eu nos utilizamos de tal medida, e a Reclamação, segundo nos consta, foi concluída ao Relator designado, o eminente Ministro Neri da Silveira, em 3 de outubro de 1983.

A perda de mandato legislativo ingressou em nosso ordenamento jurídico com a chamada "Emenda" nº 1 à Constituição de 1967. O Professor Rubem Nogueira, em recente trabalho (7), salienta a vacilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito desse diploma normativo, ao qual ora se refere com o apelido de Emenda nº 1, ora com o de Constituição de 1969, que teria revogado a de 1967. É de lamentar a hesitação, pelo menos para fins de uniformização de nossa terminologia jurídica.

O uso preponderante consagrou o termo "Emenda", empregado pelos Ministros militares que promulgou tal ato legislativo. Mas o rótulo não muda a natureza das coisas. Seus autores lançaram mão, sem dúvida, de um eufemismo político a fim de dar a impressão de continuidade da ordem constitucional. Aliás, a rutura constitucional já se havia verificado com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que serviu de base para o Ato Complementar da mesma data, de nº 38, que decretou o recesso do Congresso Nacional. É óbvio que, sendo o Poder de reforma constitucional um poder constituído, porque previsto na Constituição, somente pode ser exercido pelo órgão nela estabelecido para esse fim, agindo de acordo com o processo estatuído. Fora disso, a Emenda é inválida (8). Segundo a Carta de 1967, o órgão competente para proceder à revisão constitucional é o Congresso, e não os Ministros militares. O processo de reforma da Lei-Maior, por seu turno, é outro que não a promulgação de um Ato Institucional com outro nome.

Se o Supremo Tribunal caracteriza como "Emenda" o texto normativo baixado em 17 de outubro de 1969 pelos Ministros militares, não obstante a impropriedade técnica de sua decisão, Emenda ele passa a ser, porquanto não existe Tribunal mais alto que lhe reforme os arestos. Temos aí um

(7) "Revogada a Constituição de 1967 — Breve Comentário a uma Decisão do STF", *Revista de Informação Legislativa*, n. 82, abr./jun., 1984.

(8) Deve-se consignar que houve "emenda" constitucional mais estapafúrdia ainda, a efetuada pelo Ato Complementar nº 40, de 30-12-1968.

claro exemplo da possibilidade de divórcio entre a teoria jurídica e a prática dos tribunais. A qualificação de "Emenda" torna, por outro lado, mais simples o problema da decretação da inconstitucionalidade de reforma constitucional, uma vez que esta emana de um Poder constituído. Por amor à brevidade, faço remissão à minha monografia **O Poder de Reforma Constitucional** (9), onde dou o devido tratamento ao tema.

Todavia, se prevalecer o ponto de vista de que a denominada "Emenda nº 1" é resultado de nova subida à tona do Poder constituinte revolucionário, outorgante de uma Carta Constitucional que revogou a anterior, a conclusão em nada altera a nossa tese. A perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária permanece com o estigma de inconstitucional. Uma vez que o constituinte revolucionário de 1969 conservou as linhas mestras da Carta política anterior, o preceito da fidelidade partidária, imposto como um dever imperioso cuja violação importa em verdadeiro delito, punido com a perda de mandato legislativo, conflita de maneira insanável com os centros vitais da Constituição. A fidelidade nesses termos instaura um tipo de mandato imperativo desconhecido de todos os regimes que não seguem o protótipo soviético. Acrescente-se que tal instituto nos moldes brasileiros escraviza os políticos às respectivas agremiações partidárias de modo muito mais rígido do que acontece nos Partidos totalitários. Nos países marxistas-leninistas, somente o eleitorado pode revogar o mandato popular, enquanto no Brasil o grupo dominante do Partido pode deflagrar o processo de destituição do parlamentar tido como infiel. O delito de infidelidade partidária entra, assim, em choque não apenas com um preceito de mais peso ou maior valor normativo, mas com uma série deles, como deixei comprovado na tese "Incongruências dentro do mesmo Setor Normativo", citada no início deste trabalho — o que me evita cansar o leitor com a repetição.

Esse disforme corpo estranho será, mais cedo ou mais tarde, extirpado do nosso ordenamento constitucional. Seria auspicioso para os fastos do nosso Supremo Tribunal, que não encerram muitos exemplos de jurisprudência inovadora, que ele se antecipasse ao legislador de amanhã.

O apoio da Ordem dos Advogados do Brasil

Quando, diante da denegação de Representação do Procurador, o pedido de ação direta de inconstitucionalidade do § 5º do art. 152 da Constituição se achava em fase de Reclamação perante o Supremo Tribunal, recebemos, o Professor Rubem Nogueira e eu, officio do Conselho Federal daquela Ordem, datado de 22 de fevereiro de 1984, no qual nos comunicava que o mesmo Conselho, em sessão de 30-11-83, "deliberara secundar" a nossa iniciativa. Rejubilado com a boa nova, que tanto prestigiava a nossa tese, logo escrevi carta à Ordem, também subscrita pelo Professor Rubem Nogueira, agradecendo a honrosa adesão intelectual e aproveitando o ensejo para maior análise do parecer da Procuradoria da República desfavorável à nossa pretensão. A carta foi acompanhada de vários materiais de arrimo do nosso pensamento, sendo o mais valioso deles o ensaio fundamental de MARCEL BRIDEL e PIERRE MOOR, já mencionado, "Observações sobre a Hierarquia das Normas Constitucionais". Solicitava ao Presidente da Ordem

(9) 2.ª ed., Salvador, 1961.

que o arrazoado de corroboração do nosso pedido fosse encaminhado ao Ministro Relator com cópia da nossa carta e de todos os documentos a ela anexados.

Há poucos dias, porém, recebi, por gentileza de um colega da Província, as notas taquigráficas da "reunião extraordinária do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no dia 23 de julho de 1984". Tive, então, duas surpresas. A primeira foi verificar que a maior parte da sessão foi ocupada com a discussão e deliberação do nosso pedido e ação direta de inconstitucionalidade, quando no ofício anterior o ilustre secretário do Conselho da Ordem nos comunicara que esse órgão "deliberara secundar" nossas razões em sessão de 30 de novembro de 1983. Não entendi como isso podia acontecer. Secundar, ensinam os léxicos, é ajudar, auxiliar, coadjuvar. Não atinei como se podia deliberar "secundar", e, depois de oito meses, colocar em discussão o já deliberado. Esperava que o secundamento resultasse numa posição da Ordem de litisconsorte com o que pleiteamos.

A segunda surpresa foi a discussão em si sobre a inesperada deliberação sobre o que nos informara já deliberado. O debate é difícil de ser seguido e compreendido pelos meandros por que passa. Um Conselheiro apóia a proposição por ser neojusnaturalista; outro discorda que possa existir normas inconstitucionais no bojo de uma Constituição, embora admita que uma Constituição, no seu todo, possa ser inconstitucional; outros contenderam como kelsenianos e antikelsenianos. Enfim, emaranharam-se os membros do Conselho Federal da Ordem num cipóal que é difícil saber a que ponto de saída chegaram. Na votação final, nosso ponto de vista teria sido vitorioso, mas não sei exatamente como. A convicção que me fica, é que nossos nobres colegas do Conselho Federal da Ordem não leram nem o pedido formulado ao Procurador-Geral da República no sentido de apresentar Representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal nem a carta dirigida ao próprio presidente do mesmo Conselho. Nesses textos, quisemos justamente evitar que se voejasse em nuvens jusfilosóficas. Por isso, no primeiro documento, escrevemos que a nossa posição era "extreme de qualquer conotação jusnaturalista", isto é, queríamos permanecer dentro do sistema jurídico vigente. Na carta ao Presidente da Ordem, fomos mais explícitos e extensos nessa advertência, como acentua este tópico:

"Como não se trata de tema jusfilosófico, nossa tese pode ser subscrita por aderentes de todas as filosofias do direito, pelos jusnaturalistas de qualquer matiz, pelos positivistas das mais diversas correntes, desde os defensores do estrito positivismo legal até os kelsenianos, pelos realistas norte-americanos ou pelos realistas escandinavos. Tudo isso porque a nossa tese não paira nas nuvens de qualquer filosofia, sendo apenas de hermenêutica, ou, se preferem, de lógica jurídica."

Nós próprios, os signatários dos mencionados documentos, somos uma ilustração prática do afirmado, pois se Rubem Nogueira é jusnaturalista, eu me filio ao positivismo jurídico.