

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE O PODER CONSTITUINTE: UMA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Advogado, Doutor em Direito pela *Universidade de Salamanca*, Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil de 2013 a 2016, Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB de 2016 a 2019, membro da Comissão do Senado Federal responsável pela elaboração do Novo Código de Processo Civil, autor de diversos livros, dentre os quais: *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral* (Editora Fórum), *Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica* (Editora Fórum), *Inviolabilidade do Direito de Defesa* (Editora Del Rey), *Reflexões Sobre a Constituição* (Editora Alumnus) e *Jurisdição Constitucional* (Editora OAB)

Eduardo Borges Espínola Araújo

Advogado graduado e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília

RESUMO

Com o alargamento do escopo do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal logo seria provocado a decidir sobre a compatibilidade entre normas constitucionais e a própria Constituição Federal de 1988. O objeto deste artigo é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle do poder constituinte. Feita uma breve introdução teórica acerca do fenômeno, que nada mais é do que o exercício da soberania pela sociedade na feitura de uma nova ordem jurídico-política, as decisões do Tribunal serão analisadas a fim de demonstrar

qual o entendimento predominante em cada uma de suas manifestações: originário, derivado reformador e derivado decorrente.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade. Jurisprudência. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal

1 INTRODUÇÃO

A categoria do “poder constituinte” foi instrumentalizada pela primeira vez – ao menos de forma explícita – no esforço teórico de Emmanuel-Joseph Sieyès para atribuir legitimidade à assembleia popular que, no calor da Revolução Francesa, fora chamada a lapidar a nova ordem constitucional. “Já que uma grande nação não pode, em realidade, reunir-se todas as vezes que circunstâncias fora do usual possam exigir” (SIEYÈS, 2002, p. 56-57), deveriam ser escolhidos representantes extraordinários por meio de que a nação exerceria o seu poder constituinte: “a indestrutível expressão da soberania, com a qual todo o sujeito coletivo pretendia reconstruir toda a nova forma política” (FIORAVANTI, 2011, p. 85). Antes dos revolucionários franceses, os americanos haviam exercido em igual medida o poder constituinte ao romperem com sua metrópole, mas não cuidaram de lhe conferir maior densidade teórica.

Após sua teorização inédita por Sieyès e seu exercício inédito pelos americanos nas revoluções liberais do século XVIII, o poder constituinte recebeu a atenção da teoria constitucional, sociológica e política. Com o passar do tempo, em que pese a discussão manter-se viva, já não havia maior controvérsia em torno de sua potência de fundar uma nova ordem político-jurídica. Sendo assim, convencionou-se na doutrina por designar o poder constituinte como “manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizados” (MORAES, 2006, p. 21), ou “energia inicial que funda esse poder [político], dando-lhe forma e substância, normas e instituições” (BARROSO, 2010, p. 95) ou “o poder de criar ou de revisar a Constituição” (PINTO FERREIRA, 1983, p. 41).

Ao poder constituinte foram atribuídas primeiramente três características: inicial, ilimitado e incondicionado (MENDES; BRANCO, 2013, p. 104). Após, a doutrina lhe conferiu as marcas da indivisibilidade e permanência. Com isso, chegou-se a um poder capaz de fundar o novo ordenamento afastar



qualquer limitação jurídica prévia à sua expressão, manifestar-se de acordo com as próprias regras, recusar fracionamento quando do seu exercício e irromper no sistema instituído a qualquer momento. “Antes dessa manifestação, o Estado, tal como veio positivado, não existia. Existe a partir da Constituição. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente” (TEMER, 2002, p. 33).

Junto à ordem instituída, o poder constituinte passa a atuar na condição de poder constituinte derivado. Como o nome bem denota, cuida-se de um poder cujo exercício é previsto e disciplinado pela constituição que será o objeto da sua ação, a fim de “permitir a modificação da Constituição dentro da ordem jurídica, sem uma substituição da ordem jurídica, sem ação, quase sempre revolucionária, do Poder Constituinte originário” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 124). No exercício da competência que lhe confere o artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal foi diversas vezes provocado a manifestar-se da compatibilidade entre os atos do poder constituinte derivado e os limites que lhe foram impostos pelo poder constituinte originário. Inclusive, o Tribunal já foi instado a decidir até mesmo sobre a constitucionalidade de norma oriunda do poder originário.

Nesse sentido, o presente trabalho analisará a jurisprudência do Supremo sobre o controle de constitucionalidade do poder constituinte. No primeiro tópico, com especial atenção ao precedente firmado na ADI nº 815/DF, será destrinchado o entendimento do Tribunal quanto à impossibilidade de uma norma constitucional originária ser ao mesmo tempo inconstitucional por violar o núcleo fundamental da Constituição Federal de 1988 – as cláusulas pétreas. No segundo e terceiro tópico, serão analisadas decisões em torno dos limites às expressões do poder constituinte reformador e decorrente. Ao final, serão trazidas as conclusões acerca do controle de constitucionalidade do poder constituinte.

2 O CONTROLE SOBRE O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Por meio do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre um aparente paradoxo: é possível uma norma constitucional originária ser inconstitucional? Foi exatamente essa a controvérsia veiculada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/DF, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul em dezembro de 1992 e relatada pelo Ministro Moreira Alves. Será aqui trazido,



ao lado da controvérsia da inconstitucionalidade de normas constitucionais originária, o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal sobre emendas à Constituição, manifestação típica do poder constituinte derivado.

O debate não é inédito, surgido ao final de década de 1950, quando a Alemanha divergia acerca da legitimidade de uma lei fundamental redigida e promulgada por uma assembleia constituinte cujo protagonismo coube não ao povo alemão, mas ao governo aliado de ocupação (SARLET, 2009, p. 90). A mais de sessenta anos de sua vigência, a Lei Fundamental de Bonn hoje é referência no direito constitucional contemporâneo, sendo responsável pela consolidação de um patriotismo constitucional comprometido com a intangibilidade dos direitos fundamentais. Entretanto, quando da sua elaboração, a falta de legitimidade do processo suscitou controvérsias devido à ausência de uma assembleia representativa ou de uma consulta popular.

Com isso, professor da Universidade de Tubingen, Otto Bachof faria história ao fazer tal questão: seria possível que normas constitucionais fossem inconstitucionais por violar um princípio jurídico absoluto ou o próprio sistema interno do texto, promovendo assim uma modificação substancial de seu conteúdo? Sua preocupação era livrar o texto constitucional de dispositivos que contrariassem preceitos fundamentais de justiça, cujo fundamento estaria no direito natural. Sendo o povo titular do poder constituinte, o texto deveria refletir o sentimento de justiça enraizado em cada membro da coletividade (ESTRELLA, 2004, p. 40).

Em crítica a teóricos adeptos do conceito formal de constituição, Bachof expõe que a constituição será válida – entendida enquanto legítima – tão somente no caso de o legislador considerar “os ‘princípios constitutivos’ de toda e qualquer ordem jurídica e (...) atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos não os renegar conscientemente” (BACHOF, 1994, p. 42-43). Portanto, a norma originária do texto que fosse incompatível com norma constitucional superior, com a “mudança de natureza” de normas constitucionais ou com o direito supralegal recebido na constituição, seria afastada. Se violar princípios não escritos conformadores do sentido do texto, o direito constitucional consuetudinário e o direito supralegal não positivado, também poderá sê-lo.

Como o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no acórdão III ZR 153/50 de março de 1951, que decidiu pela impossibilidade do controle de constitucionalidade sobre norma constitucional originária a partir de outra



norma constitucional originária, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 815¹, também rechaçou a possibilidade de inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias. Atualmente, a doutrina de Otto Bachof presta-se mais à reflexão sobre a interlocução entre o direito positivo e o direito natural, não encontrando respaldo junto aos Tribunais Constitucionais, mas ainda alimentando debate na academia entre aqueles que defendem e aqueles que rechaçam a ideia. Os segundos defendem que a probabilidade de uma norma constitucional ser originalmente inconstitucional é reduzida em Estados democráticos de direito (CANOTILHO, 1998, p. 1.157) e que os valores supraleais dificilmente gozam de força suficiente para conformar o texto da Constituição (BONAVIDES, 1993, p. 219), ao passo que os primeiros afirmam a necessidade de conformação das normas frente aos valores do direito suprapositivo (BRITO, 1993, p. 35).

Em sua inicial, impugnava-se o artigo 45 da Constituição Federal de 1988². Especificamente, o Governador do Rio Grande do Sul requereu a inconstitucionalidade tão apenas das expressões “para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”, constante no parágrafo primeiro, e “quatro”, por sua vez prevista no parágrafo segundo. A tese apresentada ao Plenário do Supremo era a de que a taxatividade de quatro deputados para cada território e a variabilidade de oito a setenta para as unidades federativas importaria em um tratamento não só díspar, como também desproporcional, na medida em que eleitores dos estados do Sul e do Sudeste estariam subrepresentados na Câmara dos Deputados se seus representantes fossem selecionados na forma do artigo impugnado.

A Constituição de 1988 adotou a regra da proporcionalidade na representação – mas fez questão de, em atenção à igualdade entre as

¹ ADI nº 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ 10.05.1996.

² Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal
§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 2º Cada Território elegerá quatro Deputados.



entidades da federação, determinar um número máximo de deputados por estado. Cuida-se de uma característica da história institucional brasileira, fazendo-se presente em todas as legislaturas eleitas no Império e na República (NICOLAU, 1997). O Estado do Roraima, que possui 450.470 habitantes, de acordo com o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para 2010, elege um deputado para cada 56.309 pessoas, enquanto o estado de São Paulo, cuja população era de 41.262.199 habitantes em 2010, possuía um deputado para cada 589.459 paulistas. Em outros termos, um deputado por São Paulo representa um contingente populacional superior à população inteira de Roraima.

Para José Afonso da Silva, em sua análise sobre o artigo 45 da Carta, cuida-se de fonte de grave distorção no sistema de representação proporcional, uma vez que “com a fixação de um mínimo de oito Deputados e o máximo de setenta, não se encontrará meio de fazer uma proporção que atenda o princípio do *voto com valor igual a todos*, consubstanciado no art. 14, que é aplicação particular do princípio democrático da igualdade de todos perante a lei” (DA SILVA, 2014, p. 397). Em igual sentido, Miguel Reale sustentou tratar-se de um atentado ao princípio da representação proporcional (REALE, 1961, p. 18).

Ainda na inicial, o proponente também afirmou que as distorções representativas impactariam relevantes questões discutidas junto ao Congresso Nacional, a exemplo da Comissão Mista de Planos Orçamentos Públicos e Fiscalização, que é responsável pela análise e pelo parecer da proposta orçamentária da União Federal. Para o Governador do Rio Grande do Sul, estas questões seriam potenciais fontes de conflitos, sendo dever do Poder Público “exaurir esforço na extirpação do vício para reinstaurar o encontro da Nação consigo mesma”.

Ambas as expressões colocadas nos parágrafos do artigo 45 do texto afrontariam os princípios constitucionais superiores da igualdade, previsto no caput do artigo 5º, da igualdade do voto, previsto no caput do artigo 14, da soberania popular, consagrado no parágrafo único do artigo 1º, da cidadania, cristalizado no artigo 1º, inciso II, e, por fim, da democracia, positivada no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Indo além, por “discriminar o valor político dos brasileiros”, as expressões enfraqueceriam a federação, elevada à condição de cláusula pétrea no artigo 60, §4º, inciso I.

A Advocacia-Geral da União afastou completamente o pedido, afirmando que a ordem constitucional brasileira afasta a hierarquia entre norma constitucional, inclusive no que diz respeito às cláusulas pétreas, que não podem ser modificadas nem mediante propostas de emendas à



constituição. Para a AGU, todos os dispositivos constitucionais estariam situados em idêntico patamar. Em igual sentido foi o parecer da Procuradoria-Geral da República, que argumentou pela irrelevância da distinção “entre normas formal e materialmente constitucional, por possuírem o mesmo valor, a mesma força, não se podendo sustentar a existência de normas constitucionais inconstitucionais”.

A ADI nº 815/DF foi submetida ao julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, cujos integrantes seguiram por unanimidade o voto do Ministro Moreira Alves, para quem seria impossível declarar a inconstitucionalidade de norma originária em face de outra norma originária em um modelo de constituição rígida. Para tanto, baseia-se nos ensinamentos de Francisco Campos, 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 o seu conteúdo ou natureza” (CAMPOS, 1956, p. 392).

Para o Relator, em sendo todas normas originárias decorrentes da manifestação do poder constituinte originário, não haveria sentido em valorar distintamente umas em detrimento de outras. Do contrário, estaria sendo vulnerado o princípio da unicidade da constituição, que informa a interpretação constitucional da relevância do contexto e da congruência do sistema constitucional como um todo. Extirpando quaisquer dúvidas por acaso existentes, a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 815 alinhou expressamente a Constituição Federal à tradição da história constitucional brasileira em rejeitar diferenciação entre as normas originárias – ainda que não o faça expressamente, a exemplo da Constituição de 1824, cujo artigo 128 estabelecia ser “só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais do Cidadão. Tudo que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”.

A tese de Otto Bachof não encontrou eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ao menos não no que diz respeito às normas constitucionais originárias. Em atenção à unidade hierárquico-normativa da Constituição, eventuais incompatibilidades entre os dispositivos da Constituição devem ser lidas como expressão da pluralidade política dos deputados constituintes, não como indício de inconstitucionalidades. Até que o Supremo reconheça, ao realizar o controle de constitucionalidade, a possibilidade de uma norma originária ser inconstitucional, eventuais



antinomias devem ser encaradas como aparentes, logo, solucionáveis no caso concreto sob apreciação do julgador (BARROSO, 1996, p. 196).

3 O CONTROLE SOBRE O PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

A ideia do poder constituinte reformador advém da necessidade de modificar as normas superiores, cuja pretensão é de estabilidade frente à realidade política. Enquanto as revoluções constituem o meio mais radical de desenvolvimento do sistema jurídico e provocam transformações cuja grandeza é tamanha que o novo ordenamento não guarda paralelo com o prévio (LEVINSON, 1995, p. 21), as emendas apresentam-se como a institucionalização da ideia de revolução, na medida em que são disciplinadas pela ordem constitucional (Cf. WOOD, 1969). Cuida-se de medida necessária à preservação da “vontade de constituição” ali cristalizada.

O legislador constituinte traçou diversos e severos limites ao poder de reforma, quais sejam, formais, circunstanciais, temporais e materiais (NETO, 2014, p. 281). Os primeiros estabelecem quais os agentes autorizados à propositura, os órgãos competentes para a promulgação e os ritos necessários à tramitação – turnos, intervalos e quóruns para votação. Os segundos, as interdições temporais ao exercício do poder de reforma, geralmente envolvendo momentos de crise institucional. Menos comuns, os limites temporais evitam mudanças prematuras e excessivas. Por fim, limites materiais excluem do escopo do poder reformador determinadas decisões do poder originário, sendo “o máximo grau de entrincheiramento das normas jurídicas” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 291).

Na Constituição Federal de 1988, as regras de emenda à constituição encontram-se previstas no artigo 60³, cujos incisos I, II e III determinam

³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos



quais os atores legitimados a apresentar propostas e cujos parágrafos segundo e terceiro disciplinam o rito de promulgação. Os limites temporais estão consagrados no parágrafo segundo, que proíbe a edição de emenda quando vigente intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, e os materiais, no parágrafo quarto, que veda a tramitação de proposta de emenda constitucional “tendente a abolir a forma federativa, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais”.

É principalmente a partir destas cláusulas, ditas pétreas por não serem passíveis de revogação, que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade sobre as emendas constitucionais, como restou assentado, pela primeira vez, nos autos da ADI nº 939⁴, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio contra à Lei Complementar nº 77/93. Nessa ocasião, decidiu-se a inconstitucionalidade do artigo 2º, §2º, da Emenda Constitucional nº 03, sob o entendimento de afrontar o princípio federativo ao autorizar a quebra da imunidade recíproca entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O Ministro Celso de Mello defendeu que “ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade [direitos e garantias fundamentais] não seja desfigurada”. Para tanto, faz-se uma leitura extensa do artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição, para estender a categoria “lei ou ato normativo federal ou estadual” à categoria “emenda constitucional”.

Na ADI nº 466⁵, cujo objeto era a proposta de emenda que permitia a instituição de pena de morte mediante consulta plebiscitária, o Partido Socialista Brasileiro alegou incompatibilidade material ao artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição. Em que pese não tenha sido conhecida por impugnar proposta ainda não aprovada e promulgada, o Ministro Relator fez assim constar em seu voto:

Convém ressaltar, neste ponto, por necessário, que mesmo as emendas à Constituição Federal

respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

⁴ ADI nº 939/DF, rel. Min. Sidney Sanches, DJ 17.12.1993.

⁵ ADI nº 466/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.05.1991.



não estão excluídas da possibilidade de virem a constituir objeto de controle, abstrato ou concreto, de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no desempenho de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, §1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no §4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade. Emendas à Constituição – que não soa normas constitucionais originárias – podem, assim, incidir, elas próprias, no vício de inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias.

Para Virgílio Afonso da Silva, a decisão do Supremo na ADI nº 939 simboliza a transição do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade para o modelo “ultra-forte” (SILVA, 2009, p. 217-218). Na medida em que o modelo considerado forte atribui ao Tribunal a análise de compatibilidade entre legislações infraconstitucional e constitucional, é razoável taxar o modelo brasileiro como “ultra-forte”, por ser o Tribunal Constitucional competente para fiscalizar a constitucionalidade de atos do poder constituinte derivado. Também seriam “ultra-forte” os modelos instituídos pelas Constituições da Turquia de 1961 e 1982, do Chile de 1980 e da Romênia de 1991 – com a diferença de o texto prever expressamente a competência para tanto (GÖZLER, 2008, p. 3-7).

Desde 1988 até 2013, 90 ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas contra emendas à constituição (Cf. NASCIMENTO, 2013). Entre as dezessete que foram apreciadas no mérito, sete foram declaradas



parcialmente procedentes e duas, integralmente procedentes⁶. Em todas as decisões, os Ministros promoveram o cotejo entre os direitos e os princípios face à emenda impugnada (NASCIMENTO, 2013, p. 155-156).

4 O CONTROLE SOBRE O PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

Como espécie do poder derivado, há o poder constituinte decorrente. Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuida-se do poder que “deriva também do originário, mas não se destina a rever obra e sim a institucionalizar coletividades, em caráter de estados, que a Constituição a preveja” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 28). No texto de 1988, que consagra o federalismo como cláusula pétrea, o poder constituinte estadual é consequência da autonomia do Estado-membro – particularmente, da capacidade de auto-organização (SILVA, 2012, p. 609), prevista no *caput* do artigo 25: os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Até a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988, este poder remetia a constituições estaduais, vez que os municípios não dispunham de autonomia. Se, antes, sua organização cabia aos Estados, a inclusão dos municípios no pacto federativo levou à prerrogativa de editar e emendar a própria lei orgânica, na forma do *caput* do artigo 29 da Constituição⁷. A doutrina, contudo, ainda não converge quanto à lei orgânica ser ou não ser expressão do poder constituinte decorrente (Cf. SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 337-339): a seu favor, a auto-organização do município e a natureza rígida dos seus dispositivos e, contra, a necessidade de observar as normas das Constituições estaduais.

Na condição de derivado, o poder constituinte decorrente encontra limites à sua manifestação, como encontra nas cláusulas pétreas o poder

⁶Foram integralmente providas as ADI nº 4.307/DF e nº 3.685/DF, ao passo que foram parcialmente providas as ADI nº 1.946/DF, nº 3.105/DF, nº 3.128/DF, nº 939/DF, 2.031/DF, 4.357/DF e 4.425/DF.

⁷ O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...).



constituente reformador. Dentre as várias categorizações, a classificação de José Afonso da Silva é uma das mais reconhecidas. Para a Medalha Rui Barbosa do Conselho Federal da OAB, a irrupção do poder constituinte deverá atentar aos princípios constitucionais sensíveis, aos princípios constitucionais estabelecidos e aos princípios constitucionais (SILVA, 2012, p. 613). São sensíveis aqueles princípios positivados no artigo 34, inciso VII, da Constituição. Ao organizar-se, deverá o Estado adotar: a forma republicana, o sistema representativo e o governo democrático, os direitos, a autonomia municipal e a prestação de contas da administração pública – a direta e a indireta. Por sua vez, são estabelecidos todos os que “revelam, previamente, a matéria de sua organização e as normas constitucionais de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual (...)”⁸.

Extensíveis são princípios que, mesmo consubstanciando regras de organização da União Federal, são aplicados aos Estados-membros. A Constituição Federal de 1988 rompeu com a Constituição de 1967, cujo artigo 13, inciso II, determinava aos poderes estaduais reproduzirem em suas o processo legislativo federal⁹. Retomando a tradição da Constituição de 1946, a de 1988 praticamente erradicou os princípios extensíveis em seu texto, restando ali apenas a regra que limitava os vencimentos dos desembargadores do Tribunal de Justiça ao vencimento de Ministros do Supremo Tribunal Federal – qual seja, o artigo 93, inciso V.

Em que pese a falta expressa de princípios constitucionais

⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios (...):

IV – o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios fixados dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federa e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, 39, §4º.

⁹ Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentro outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes (...):

III – o processo legislativo.



extensíveis no corpo da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende pela aplicabilidade aos Estados do “princípio da simetria”, determinando ao constituinte decorrente a reprodução do cerne do arcabouço constitucional federal, adotando postura de prudência frente a inovações institucionais promovidas a nível estadual. Nas decisões do Supremo, o princípio da simetria fez-se presente desde 1967, quando a Constituição outorgada à época limitou a atuação das Assembleias Constituintes estaduais à mera adaptação das Constituições Estaduais à Constituição Federal. Nesse sentido, nos Recursos nº 74.193 e nº 70.728, do Estado da Guanabara, o Tribunal assentou em 1973 que “os Estados, sem embargos de autonomia para sua organização e administração, já estavam adstritos, sob a C.F. de 1946, às linhas mestras do regime, devendo guardar simetria com o modelo federal em matéria de divisão, independência e competência dos 3 Poderes, assim como princípios reguladores do funcionalismo”.

Importante então a análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quando da espécie do poder derivado decorrente. Para tanto podemos estudar o precedente da ADI nº 486, proposta pelo Procurador-Geral da República. Questionava-se a higidez da Emenda nº 03/90, que atribuiu ao artigo 62, §5º, da Constituição do Espírito Santo uma nova redação: “A proposta [de Emenda Constitucional] será discutida e votada em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambos, quatro quintos dos votos dos membros da Casa”. A EC nº 03, ao elevar o quórum de maioria qualificada de três quintos para quatro quintos, dificultou ainda mais a promulgação de novas emendas.

Segundo o Procurador-Geral da República, a redação da Constituição Estadual era materialmente incompatível com a regra do artigo 60, §2º, da Constituição Federal, que estabelecia em três quintos o quórum necessário à aprovação de emenda. Na medida em que o *caput* do artigo 25 do texto constitucional determina que a auto-organização de Estados deve observar os princípios da Constituição, é infenso ao poder constituinte de reforma estadual exigir maioria diversa de três quintos, ainda que fosse para elevá-la.

Como curador da presunção da constitucionalidade do dispositivo impugnado, o Advogado-Geral da União defendeu que a Emenda nº 03 foi promulgada pelo Estado do Espírito Santo em adequação à sua autonomia, vez que a Constituição Federal de 1988 não estendeu aos Estados – pelo menos não explicitamente – a disciplina do processo legislativo. No exercício do seu poder constituinte decorrente, portanto, poderiam regrad os procedimentos de forma diversa.

Quando a Constituição Federal de 1988 estendeu aos Estados normas



dirigidas inicialmente à União Federal, estende expressa e inequivocamente (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 331). Assim o fez, por exemplo, no que diz respeito às imunidades parlamentares (artigo 27, §2º) e a Tribunais de Contas (artigo 75). Contudo, em relação ao processo legislativo, entendeu o Supremo que era extensível em igual medida o artigo 60, em razão do “princípio da simetria”.

Relator, o Ministro Celso de Mello destacou a importância da descentralização político-administrativa na nova ordem constitucional, por ser o federalismo um processo de caráter dialético e com tendência à pluralidade. Afirmou, ainda, que a autonomia dos Estados-membros constitui um dos núcleos principais na configuração da organização federativa, como forma de reconhecimento das diferenças estaduais, regionais e locais que, mesmo apresentando entre si uma grande variedade, tem a possibilidade de manter a unidade de um país.

Por mais que entenda ser a autonomia essencial, argumentou o Ministro que ela não é absoluta, encontrando limites jurídicos na Constituição Federal de 1988, que é *per se* núcleo de emanção e restrição das prerrogativas político-jurídicas outorgadas aos Estados. O poder constituinte decorrente, logo, sujeitar-se-ia a condicionamentos normativos impostos pela Constituição Federal e, no caso sob *judice*, o quórum para a aprovação de Emendas Constitucionais seria padrão normativo fixado, devendo as unidades estaduais obedecer ao disposto no texto constitucional.

Acompanhando o voto do Ministro Celso de Mello, o Ministro Maurício Corrêa destaca os comandos dos artigos 60, §2º e 25 da Constituição Federal, bem como o artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – tais regras “bastariam” para decidir a vinculação do legislador constituinte estadual às diretrizes do procedimento legislativo federal. Para o Ministro, “do contrário, o Poder Legislativo dos Estados se transformaria numa verdadeira balbúrdia, cada um estabelecendo, a seu bel-prazer, regras de quóruns diferenciados dos estabelecidos pelo modelo federal”.

O Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da simetria à Constituição do Estado do Espírito Santo, determinando que o quórum fosse restabelecido em três, e não mais quatro quartos, sob o fundamento de que os “Estados, quando no exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos inicialmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido direta e expressamente endereçados pelo poder constituinte federal” (Cf. LEONCY, 2011). Posteriormente, o princípio também



seria aplicado, na ausência de regramento explícito na Constituição Federal, nos casos de ausência do Governador de Estado por mais de 15 dias sem a licença da respectiva Assembleia Legislativa¹⁰, emenda parlamentar implicando aumento de despesas em projeto de lei de competência do Poder Executivo¹¹ e instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito no âmbito estadual¹². Nesses três casos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a constituição dos Estados-membros deveria reproduzir os comandos dos artigos 83, 63, inciso I, e 58, §3º, da Constituição Federal de 1988.

Com a recepção do princípio da simetria, o Supremo Tribunal Federal impôs ao legislador estadual maior restrição na feitura das constituições estaduais, estendendo as normativas da Constituição Federal inclusive àquelas “questões federativas sem solução constitucional evidente”, ainda que não encontrasse autorização expressa para tanto. Ao declarar inconstitucional o processo legislativo que fora delineado pelos constituintes alagoenses, sob o argumento de desobediência ao modelo federal, o Supremo justificou a aplicação do princípio da simetria na necessidade de “corrigir” as inovações que, em sua visão, não passariam de fraude ou obstrução. De acordo com o Ministro Sepúlveda Pertente, relator da ADI nº 276/AL¹³, “é de aplicar-se [a simetria] em termos ao poder constituinte local, quando seu trato na Constituição estadual traduza fraude ou obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo, a partir da área de iniciativa reservada do executivo ou do judiciário (...)”.

Assim, decidiu-se que as regras básicas do processo legislativo federal seriam de absorção obrigatória pelos Estados “em tudo aquilo que diga respeito – como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada – ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes”. Na ADI nº 276/AL, como na jurisprudência do Tribunal em que fora aplicado o princípio da simetria, vê-se o emprego do princípio da separação dos poderes para cercear a criatividade do legislador constituinte estadual (MENDES; BRANCO, 2013, p. 768).

Atualmente, a jurisprudência do Supremo indica sinais de atenuação do princípio da simetria, em homenagem à autonomia dos entes federados.

¹⁰ ADI nº 738/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 01.02.2011.

¹¹ ADI nº 2.029/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 20.06.2008.

¹² ADI nº 3.619/DF, rel. Min. Eros Grau, DJ 20.04.2007.

¹³ ADI nº 276/TO, rel. Min. Sepúlveda Pertente, DJ 19.12.1997.



Na ADI nº 3.853/MS¹⁴, o mesmo Ministro Sepúlveda Pertence observara a necessidade de aplicar o princípio da simetria a *grano salis*, na medida em que “o que se teve, conforme o art. 11 do ADCT, são Assembleias com poderes constituintes submetidos, condicionados e subordinados apenas aos princípios constitucionais da União, não a uma regra de servil limitação”. No mesmo sentido, o Ministro Cezar Peluso, ao indeferir a cautelar pleiteada pelo Partido Social da Democracia Brasileira nos autos da ADI nº 4.298¹⁵, ajuizada face lei estadual que instituía eleição indireta para Governador e Vice-Governador quando vagos os cargos nos dois últimos anos de mandato, assim fundamentou seu voto:

Vinculação larga ou excessivamente rígida do poder constituinte e da competência legislativa estadual a ditames da organização federal inscritos na Constituição da República podem desvirtuar a Federação brasileira – embora seja ela, até por conhecidas razões históricas, algo diversa do paradigma norte-americano que, suposto lhe tenha servido de modelo teórico, deve adaptar-se, na sua inteligência, à realidade herdada da unitária experiência político-administrativa do Império – reduzindo ou aniquilando a autonomia essencial dos Estados-membros.

Em que pese o recente “afrouxamento” da aplicação do princípio da simetria, um estudo quantitativo de fôlego sobre o assunto revela que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interpreta como regra a incompetência das Assembleias Constituintes estaduais quando sob discussão matéria à qual a Constituição Federal de 1988 estipula iniciativa reservada do Poder Executivo ou Judiciário, sob o argumento de preservar os modelos de separação dos Poderes ali previstos (SCHLOBACH, 2014, p. 90-91).

5 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal promoveu uma interpretação do artigo

¹⁴ ADI nº 3.853/MT, rel. Min. Carmem Lúcia, DJE 26.10.2007.

¹⁵ ADI nº 4.298/TO, rel. Min. Cezar Peluso, DJE 26.11.2009.



102, inciso I, alínea “a”, e do artigo 25, *caput*, da Constituição que permitiu um crescente poder de fiscalização sobre as manifestações atos do poder constituinte derivado. Ao passo que recusa a tese da inconstitucionalidade de normas originárias, cujas antinomias deverão ser resolvidas no âmbito da hermenêutica, o Tribunal mantém-se ativo no que respeita às emendas constitucionais e às constituições estaduais, valendo-se das cláusulas pétreas e do princípio da simetria para adentrar o mérito das inovações promovidas.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de normas constitucionais.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional.** Tomo 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da**



Constituição. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas Constitucionais Inconstitucionais. Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 58, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 34 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O Poder Constituinte**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GÖZLER, Kemal. **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study.** Bursa, Ekin Press, 2008.

LEONCY, Léo Ferreira. **“Princípio da simetria” e argumento analógico:** o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 12 de abril de 2011. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

LEVINSON, Sanford. *Introduction: Imperfection and Amendability.* In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment.** Princeton: Princeton University Press, 1995

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito**



constitucional. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

NASCIMENTO, Lucas do. **O controle concentrado de constitucionalidade de emendas constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia de graduação – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

NICOLAU, Jairo Marconi. *As distorções na Representação dos Estados na Câmara de Deputados Brasileira*. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300006>. Acesso em 09.09.2016.

PINTO FERREIRA. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 6 ed. atual. São Paulo: 1983.

REALE, Miguel. *Aspectos do Parlamentarismo Brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, n. 66, 1961.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A lei fundamental da Alemanha e seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro*: algumas aproximações. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 7, abr./jun. 2009.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiersétat?** Paris: Éditions du Boucher, 2002.



SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão*. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, 2009.

SCHLOBACH, Rafael Viotti. **Simetria federativa e separação de poderes**: um estudo da jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade das Constituições Estaduais. Monografia de Pós-Graduação – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WOOD, Gordon S. **The Creation of the American Republic, 1776-1787**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1969.

THE CONSTITUTIONALITY CONTROL ON THE CONSTITUENT POWER: A SUPREME COURT JURISPRUDENCE ANALYSIS

ABSTRACT

With the extension of the scope of concentrated control of constitutionality, the Supreme Court would soon be brought to decide on the compatibility between constitutional norms and the very Federal Constitution of 1988. The object of this paper is the jurisprudence of the



Supreme Court over the control of constituent power. After a brief theoretical introduction to the phenomenon, which is nothing more than the exercise of sovereignty by the society in the making of a new legal-political order, the Court's decisions will be analyzed to demonstrate what is the prevailing understanding in each of its manifestations: originate, derived reformer and derived estate.

Keywords: Control of constitutionality. Jurisprudence. Federal Constitution. Supreme Court

