

## CAPÍTULO II

### A CARACTERIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE: VÍCIO E SANÇÃO

#### Seção I

#### AS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

##### 11. Rigidez constitucional e Democracia

A ideia de que, dentro do ordenamento jurídico, algumas normas têm maior importância do que outras é essencialmente lógica e pode ser extraída da observação de que há normas que regulam a produção de outras e que, por isso, são materialmente superiores a estas em uma relação semelhante à que se estabelece entre criador/criatura<sup>79</sup>.

Não deve causar espanto, pois, que já os gregos, na Antiguidade, tivessem consciência disso, colocando em um plano diferenciado as leis concernentes à estrutura da *Polis*.

Estruturais ou não, as leis deveriam sempre corresponder a determinadas exigências substanciais, sob pena de não serem consideradas verdadeiras leis: para Platão a lei devia reproduzir a ordem divina, superior e imutável e não se apresentar segundo os interesses mutáveis dos homens ou das classes; igualmente, Aristóteles considerava a lei como norma acima das paixões humanas, valorizando sobremaneira o costume, cuja existência longeva era vista como ates-

79. Note-se que Kelsen chega a um conceito de Constituição, em sentido material, sem precisar recorrer a argumentos político-institucionais (cf. *Teoria pura do direito*, cit., p. 240).

tado de conformidade com a razão divina<sup>80</sup>.

A importância das leis estruturadoras da Cidade-Estado refletia-se, por outro lado, na complexidade do procedimento de sua elaboração, de forma que refreasse o ímpeto das assembleias populares, evitando mudanças freqüentes e irrefletidas<sup>81</sup>.

É certo que, em Atenas, a Assembleia Popular (*Ecclesia*), além das leis estruturais (*nómoi*), podia editar outras leis (*psefismata*) mediante um procedimento bem mais simples. Essas leis-decretos (*psefismata*) podiam ter conteúdo variado, dispoendo até mesmo mediante normas gerais e abstratas. Contudo, não podiam contrariar as leis básicas (*nómoi*), sob pena de serem desconsideradas, a par da responsabilidade penal em que incorria o proponente do decreto, apurada por meio de ação pública de ilegalidade denominada *grafe paranómon*<sup>82</sup>.

Não fica nítido, entretanto, se os atenienses estabeleceram efetivamente uma relação de hierarquia entre os *nómoi* e os *psefismata*, já que a questão não era tanto a violação de uma lei constitucional e sim a violação das regras eternas, apenas refletidas nos *nómoi*, os quais, por sinal, também podiam ser atacados pela *grafe paranómon* por vício formal (procedimental) ou substancial (violação de leis anteriores)<sup>83</sup>.

Na Idade Média, fragmentado o poder político, o posto das leis estruturais é assumido pelo Direito natural, configurado por Tomás de Aquino como "a norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas". Consoante ensina Battagliani, "o ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente nulo e não vinculatório, tanto que

80. Cf. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 49-50, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 23-4.

81. Nas palavras de Cappelletti, "tinha sido excogitado, em Atenas, um procedimento de revisão das leis extremamente complexo; a mudança da lei era considerada, em suma, uma providência de extraordinária gravidade, cercada das garantias mais prudentes e até mais estranhas, com responsabilidades gravíssimas para quem propunha uma alteração que não fosse, no final, aprovada ou que, ainda que aprovada, se mostrasse, depois, inoportuna" (*O controle*, cit., p. 49). No mesmo sentido e com maior detalhamento, veja-se Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, 5. ed., Lisboa, Clássica, 1941, v. 2, p. 168-73.

82. Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 50-1.

83. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 26.

o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador<sup>84</sup>.

A superioridade do Direito natural em relação ao Direito estatal (*jus positum*) prossegue na Idade Moderna, muito embora o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, simbolizado na figura de Hugo Grotius, tenha buscado na racionalidade o seu fundamento último, desvinculando-o dos pressupostos transcendentais e teológicos que caracterizavam a Escola Tomista.

Todavia, referindo-se ao Jusnaturalismo, Cappelletti lança algumas observações que bem se aplicam a todas as tentativas feitas até então de estabelecer uma relação hierárquica no âmbito do ordenamento jurídico:

“É verdade, entretanto, que a distinção de tal maneira afirmada entre um direito natural e um direito positivo, se destinava a atuar num plano puramente filosófico e teórico, abstraído dos concretos acontecimentos quotidianos da vida, antes que num plano de concreção jurídica.

“...permanece o fato de que a contraposição entre a norma de direito natural e a de direito positivo continuava, pelo menos, a ser a contraposição entre duas ordens jurídicas diversas, entre dois sistemas jurídicos diversos, um dos quais era, habitualmente, destituído de sanções eficazes e de institutos criados para impô-las. Pelo que, não sei quantas vezes em concreto o juiz, colocado diante do divergente comando da norma, com frequência muito vaga, de direito ‘natural’, de um lado, e da norma de direito ‘positivo’, de outro lado, efetivamente pudesse ou soubesse, sem incorrer em responsabilidade, ou talvez em arbitrio, não aplicar a segunda para aplicar, ao contrário, a primeira<sup>85</sup>.

A constatação de que a hierarquia entre as leis, tal qual até então concebida pelo pensamento jurídico, não era operativa por não ser intra-sistêmica, e sim intersistêmica, transparece quando se pro-

cura identificar a sanção para a lei injusta dos gregos e/ou para a lei contrária ao Direito natural. Parece-nos que se trabalhava com a idéia de inexistência, em face do postulado da conformidade apriorística entre a lei positiva e o seu conteúdo de justiça (conceito material de lei), pelo que não se pode ainda vislumbrar, a não ser *in fieri*, o fenômeno da inconstitucionalidade.

Para se descer ao nível da operatividade jurídica, era preciso estabelecer uma relação hierárquica entre fontes do Direito palpáveis, isto é, passíveis de uma identificação razoavelmente objetiva.

É o que começou a fazer a doutrina, ao afirmar a supremacia de certas normas costumeiras sobre as leis editadas pelos órgãos estatais, promovendo, destarte, a definitiva encarnação dos preceitos do Direito natural em regras jurídicas historicamente identificáveis.

Nesse sentido propugnava Edward Coke, *Chief Justice* do Tribunal de Apelação (*Common Pleas*) na Inglaterra da primeira metade do século XVII, em sua luta ferrenha para estabelecer a autonomia do Poder Judiciário diante das pretensões absolutistas de James I (Stuart).

Na decisão do célebre Dr. Bonham's case (1610), Coke afirmou:

“E aparece em nossos livros que, em muitos casos, um direito comum controlará os Atos do Parlamento e, algumas vezes, os decretará completamente sem efeito: pois quando um Ato do Parlamento é contra o direito comum e a razão, repugnante ou impossível de ser cumprido, o direito comum o controlará e decretará tal Ato ineficaz...”<sup>86</sup>.

Ainda mais próxima da chamada “positivação” do Direito natural, ou seja, da sua subsunção na esfera do Direito legislado, é a doutrina que vicejou na França absolutista do século XVIII, segundo a qual os editos reais podiam ser examinados pelo Judiciário e declarados nulos, se contrários às Leis Fundamentais do Reino, ou seja, àquelas que diziam respeito ao cerne da organização política do regime.

Já não se trata da invocação de um etéreo e fluido Direito natural, mas sim de normas costumeiras a que se atribuía o qualificativo de normas fundamentais, em primeiro lugar pela matéria sobre a qual dispunham (estrutura básica do Reino) e, em segundo lu-

84. Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 12:13, 1962), apud Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 52, de onde extraímos, também, o excerto sobre o pensamento tomista.

85. *O controle*, cit., p. 53-4.

86. Edward S. Corwin, *Presidential power and the Constitution essays*, Ithaca, Cornell University Press, 1977, p. 4.

gar, pela supremacia de que gozavam em relação às demais normas, não obstante chanceladas pelo Rei.

Conforme esclarece Ferreira Filho, "a doutrina das leis fundamentais do Reino foi uma hábil invenção dos legistas franceses, em que o objetivo político era ainda muito nítido, porque visava a infirmar a validade de certos atos praticados pelos monarcas, especialmente as concessões que monarcas derrotados no campo de batalha faziam", servindo "para que se declarassem nulos atos de disposição de parte do território e outros acordos que politicamente eram considerados lesivos"<sup>87</sup>.

Associada à idéia de supremacia, surge a característica formal conhecida por rigidez normativa.

De fato, a maioria dos legistas franceses sufragava a doutrina de que as Leis Fundamentais do Reino não podiam ser modificadas de modo algum, sendo, pois, dotadas de rigidez absoluta. Havia, entretanto, quem sustentasse a sua mutabilidade, desde que empregado um procedimento especial do qual participassem, além do Monarca, os três Estados Gerais: Clero, Nobreza e Povo, o que aproximaria as Leis Fundamentais das modernas Constituições no tocante à rigidez de suas disposições (predominantemente relativa)<sup>88</sup>.

Percebe-se, pois, que os elementos de que se valeu o movimento conhecido por "Constitucionalismo", segundo o qual os Estados deveriam inscrever sua organização fundamental em leis solenes ("Constituições"), mais estáveis do que a legislação ordinária, vinham sendo gestados há vários séculos, mas só encontraram terreno fértil para se desenvolver a partir do florescimento da ideologia democrática.

Por que razão as primeiras tentativas conscientes de concretizar historicamente o ideário democrático foram instrumentalizadas por Constituições documentais e rígidas?

Os motivos são vários, como passaremos a expor.

Uma das características mais marcantes do Iluminismo, fermento cultural das Revoluções do século XVIII, era o racionalismo.

Ora, sabendo-se que constitucionais são as normas referentes à estrutura fundamental do Estado, o que agora se propunha era a manipulação racional dessas normas, de modo que dotasse o Estado de uma organização adequada. Passava-se, enfim, da Constituição cos-

87. *O Poder Constituinte*, cit., p. 5.

88. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, cit., p. 5.

tumeira à Constituição-ato, pela qual um povo, tendo adquirido consciência cívica e exercendo por si os poderes de soberania, procura a ordenação ideal da sociedade política<sup>89</sup>.

A Constituição-ato escrito, por outro lado, permite a visualização de que nova ordem jurídica se implanta, o que vinha ao encontro do idealismo revolucionário, servindo-lhe até mesmo como veículo propagandístico.

Ademais, também influenciou o surgimento das Constituições documentais a doutrina pactista medieval, retomada nos séculos XVII e XVIII pelo Contratualismo de Locke e Rousseau. De acordo com as idéias contratualistas, havia a necessidade de se refazer o "pacto social", o que seria instrumentalizado em um documento solene: a Constituição<sup>90</sup>.

Todavia, se parássemos nesse ponto, teríamos explicado o advento das primeiras Constituições documentais no século XVIII<sup>91</sup>, mas não o fato de que eram elas Constituições documentais e rígidas.

Para se compreender a relação entre a Democracia Liberal e as Constituições rígidas é preciso atentar para a utilização ideológica do conceito de Constituição. Melhor explicitando, o que os Revolucionários Liberais vislumbravam nas Leis Constitucionais não era simplesmente uma nova estrutura de Poder, mas, acima de tudo, uma estrutura em que o Poder estatal fosse drasticamente limitado em prol dos direitos fundamentais do homem, então basicamente entendidos como direitos de liberdade. Assim, somente seriam dignas de ser chamadas de Constituição as Leis Fundamentais que assegurassem a separação dos Poderes estatais em benefício dos direitos de liberdade (v.g., o conceito polêmico de Constituição constante do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

A matéria própria da Constituição dizia respeito, por conseguinte, ao cerne do Estado Liberal, merecendo estabilidade maior do que a legislação comum. Daí estabelecerem as Constituições Liberal-de-

89. Veja-se Jorge Miranda, Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, *Revista*, cit., p. 32.

90. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, cit., p. 6-9.

91. Há quem aponte o "Instrument of Government", promulgado por Cromwell em meados do século XVII, como a primeira Constituição documental. Não nos parece, entretanto, correta a afirmação, posto que, malgrado o conteúdo político-estrutural do documento, não se pretendia nele fixar toda a organização fundamental do Estado inglês, que permaneceu, em boa parte, no âmbito do Direito costumeiro.

mocráticas procedimentos especiais para sua revisão, diversos e mais complexos do que os procedimentos legislativos usuais.

A rigidez constitucional, portanto, era instrumento auxiliar de limitação do Poder, assegurando a permanência de uma organização estatal favorável à liberdade individual, na medida em que o próprio Poder Legislativo teria dificuldade em modificá-la.

Completa-se, assim, o processo que Cappelletti denomina positividade do Direito natural, com o advento das "Constituições que, por um lado, afirmarão como preceitos de Direito Constitucional positivo os princípios naturais e os direitos inatos, e por outro lado, oferecerão uma garantia efetiva de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos"<sup>92</sup>.

Compatibilizam-se os ordenamentos jurídicos, ademais, com as exigências da sociedade industrial, extremamente inovadora e que faz do progresso seu objetivo e sua justificativa. O caráter predominantemente estático dos ordenamentos tradicionais, os quais limitavam pelo conteúdo o processo de criação normativa, cede lugar ao dinamismo dos ordenamentos jurídicos modernos, que passam a ter total controle dos mecanismos de inovação da ordem jurídica, abrindo caminho para o conceito formal de lei e tornando possível, observados os requisitos formais, a normação de qualquer matéria<sup>93</sup>.

É preciso deixar claro, porém, que, se, de um lado, há uma visível relação entre a efetivação do sistema político democrático e o aparecimento de Constituições escritas e rígidas, não se trata, de outro lado, de uma relação necessária. Em outras palavras, é possível haver Democracia sem rigidez constitucional, como bem comprova a secular democracia inglesa, na qual o forte apego às tradições e aos costumes e a intensa politização do eleitorado pareceram suficientes para evitar os riscos de uma desnaturação do regime por parte do Parlamento e suas maiorias transitórias. Por seu turno, é bastante evidente para os constitucionalistas do século XX que pode haver Constituição rígida em Estados não-democráticos, que, por sinal, muitas vezes se valem dos Estatutos Constitucionais para disfarçarem regimes em que impera a concentração de poder e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem<sup>94</sup>.

92. O controle, cit., p. 56.

93. Veja-se Ignacio de Otto, *Derecho constitucional*, cit., p. 19-22.

94. São as Constituições "semânticas" de que fala Loewenstein (*Teoría de la Constitución*, 2. ed., Barcelona, Ariel, 1986, p. 218-9).

## 12. Constituição material e Constituição formal

A atribuição de características formais às normas constitucionais, generalizada a partir do advento das Constituições-ato, tornou dicotômico o conceito jurídico de Constituição.

De um lado, manteve-se o conceito material de Constituição, já intuído desde a Antiguidade clássica e explicitado por autores modernos do porte de Kelsen.

Segundo o ideólogo da "Escola de Viena", a Constituição em sentido material compreende "as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais", quer sejam elas veiculadas por costumes, quer por "um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido", isto é, por um ato legislativo<sup>95</sup>.

O conceito material de Constituição kelseniano apresenta a nota típica do pensamento do notável jusfilósofo germânico: o reducionismo normativista.

Com efeito, em sentido material, normas constitucionais são aquelas concernentes à estrutura fundamental do Estado, o que abrange a disciplina básica do processo de produção normativa (órgãos e procedimento), mas nisso não se esgota.

Atentos a isso, os constitucionalistas contemporâneos apresentam conceitos mais completos de Constituição material.

Ignacio de Otto, por exemplo, assevera que com a expressão se alude "ao conjunto das normas cujo objeto é a organização do Estado, os poderes de seus órgãos, as relações deles entre si e suas relações com os cidadãos"<sup>96</sup>.

Nessa linha também segue o conceito substancial de Constituição apresentado por Ferreira Filho:

"(...) conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação"<sup>97</sup>.

De outra parte, na medida em que os ordenamentos jurídicos passam a atribuir certas características formais às normas constitucionais, assim as diferenciando das demais normas, desponta o conceito formal de Constituição enquanto conjunto de normas dotadas

95. *Teoria pura do direito*, cit., p. 240.

96. *Derecho Constitucional*, cit., p. 17.

97. *Curso de direito constitucional*, 18. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 10.

daquelas notas diferenciadoras, independentemente da matéria sobre a qual dispõem.

Destarte, a veiculação de normas por meio de um ato prefigurado como constitucional, ao emprestar-lhes o aspecto formal decorrente de sua pertinência a um todo orgânico, faz com que se possa apontar como sendo constitucionais as normas integrantes dessa lei orgânica, em contraposição às demais que dela não fazem parte.

De igual modo, ao se estabelecer um procedimento especial para a modificação de normas tidas como constitucionais, permite-se ao operador do sistema a identificação do caráter constitucional das normas, a partir de um critério exclusivamente formal, ou seja, a necessidade de submissão de suas alterações ao referido procedimento.

Do que foi dito resulta que, ao se falar de Constituições formais e Constituições materiais, não se está trabalhando com uma classificação que, estribada em um critério uniforme, aparte de um lado e de outro as duas categorias.

Trata-se de dois conceitos distintos, um baseado no conteúdo das normas constitucionais e outro nas características formais que lhes atribui o ordenamento.

Não há, pois, que se pretender a coincidência entre a Constituição material e a Constituição formal.

Todos os Estados são dotados de Constituição material, posto que sempre haverá normas que dispõem sobre a estrutura básica da sociedade política.

O contrário, todavia, não é verdadeiro, ou seja, nem todos os Estados são estruturados a partir de normas formalmente constitucionais, isto é, distinguíveis das demais normas do ordenamento por peculiaridades formais (organicidade ou rigidez constitucional).

Nos Estados dotados de Constituição formal é praticamente impossível existir uma plena coincidência desta com a Constituição material.

Boa parte (a maioria) das normas formalmente constitucionais também é constitucional sob o ponto de vista material. Todavia, é quase certo, em se tratando de Constituições legisladas, que algumas normas que dispõem sobre matéria estranha à organização básica do Estado serão inseridas no regime formal denotador da constitucionalidade. Seriam, pois, normas apenas formalmente constitucionais. A seu turno, normas estruturantes há que remanesçam fora do regime da constitucionalidade formal, caracterizando-se, portanto, como normas apenas materialmente constitucionais.

Não se pense, porém, que os dois conceitos caminhem como duas paralelas, sem jamais se encontrarem.

A atribuição das características conformadoras do regime da constitucionalidade formal não é feita aleatoriamente, mas sim tendo em vista determinado conceito material de Constituição. Usualmente, o descompasso entre a Constituição formal e a Constituição material decorre da plurivocidade significativa desse último conceito. De fato, a natureza político-estrutural das normas não é um dado objetivo, preciso, variando especialmente em função de elementos ideológicos presentes em quem trabalha com o conceito. Em regra, no entanto, as normas formalmente constitucionais são aquelas nas quais o ordenamento reconheceu a materialidade constitucional, o que não significa que não se possam apontar falhas nessa empresa.

Nos Estados onde não há normas formalmente constitucionais, a doutrina se utiliza do conceito de Constituição material para identificar o campo de abrangência do Direito Constitucional.

Onde vigoram Constituições formais, tende a haver nítida predominância do conceito formal sobre o conceito material de Constituição, o que se explica pelo fato de que não se podem ignorar os traços conformadores do regime da constitucionalidade formal<sup>98</sup>. Ainda assim mantém-se a utilidade do conceito material de Constituição, especialmente no plano da política legislativa constitucional, de modo que se procure obter uma Constituição formal o mais aproximado possível da Constituição material do Estado.

### 13. Modalidades de Constituição formal: Constituição orgânica e Constituição rígida

A doutrina, muitas vezes, identifica Constituição em sentido formal e Constituição rígida<sup>99</sup>.

A nosso ver, entretanto, a formalização de normas constitucionais pode decorrer de dois atributos formais distintos: organicidade e rigidez.

Com efeito, ao se reunirem as normas constitucionais em um do-

98. Nesse sentido doutrina Celso Bastos, *Curso de direito constitucional*, 12. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 45.

99. Por exemplo, Paolo Biscaretti di Ruffia, *Direito constitucional: instituições de direito público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 86-7.

cumento unitário, totalmente articulado, está-se atribuindo a elas uma característica (formal) que as distingue das demais normas do ordenamento.

São essas as Constituições orgânicas, que Biscaretti di Ruffia denomina documentais ou instrumentais<sup>100</sup>, as quais se contrapõem às Constituições inorgânicas ou desarticuladas<sup>101</sup>.

Por consistirem sempre em um documento escrito, invariavelmente as Constituições orgânicas são identificadas com as Constituições escritas. Parece-nos, contudo, que não há perfeita correspondência conceitual.

Há exemplos históricos de Constituições integradas apenas por normas escritas, mas relativamente desarticuladas, ou seja, não reunidas em um documento unitário. Era o caso da Constituição francesa da III República, representada pelas leis (dotadas de rigidez) emanadas no curso de 1875, faltando, entretanto, "um único ato solene e fundamental, em que fossem expostas todas as linhas essenciais da ordenação estatal"<sup>102</sup>.

É certo, por outro lado, que as Constituições consuetudinárias são sempre Constituições inorgânicas, em face do processo descentralizado de criação do costume e da conseqüente desarticulação (relativa) entre as diversas normas costumeiras constitucionais assim cristalizadas.

Em suma, o fato de uma Constituição ser escrita não a torna necessariamente formal e sim o fato de consubstanciar um ato unitário, organicamente articulado<sup>103</sup>. É perfeitamente concebível um Estado destituído de Constituição em sentido formal cujas normas materialmente constitucionais façam parte de inúmeras leis escritas, sem articulação em um corpo unitário (Constituição escrita informal).

A atribuição de rigidez às normas constitucionais, de outra parte, acarreta igualmente a sua formalização, ao permitir a identifica-

100. *Direito constitucional*, cit., p. 87, onde define Constituição documental como "o ato fundamental no qual têm sido formuladas solenemente a grande maioria das normas materialmente constitucionais".

101. Paulo Bonavides faz alusão à dicotomia, valendo-se da terminologia "Constituições codificadas" e "Constituições legais" (*Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 66-7).

102. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Direito constitucional*, cit., p. 88.

103. Não afetam o caráter orgânico de uma Constituição as sucessivas revisões de seu texto por meio de emendas, já que estas sempre se reportam ao texto unitário inicial.

ção dessas normas pela peculiaridade formal que as distingue das demais.

A classificação das Constituições em rígidas e flexíveis foi estabelecida, pela primeira vez, por James Bryce<sup>104</sup>.

O clássico autor britânico denominou rígidas as Constituições que "possuem uma autoridade superior à das outras leis do Estado e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se editam e revogam as demais leis", chamando de flexíveis as que "estão no mesmo nível das outras leis do País", procedendo das mesmas autoridades que fazem as leis ordinárias e sendo "promulgadas ou abolidas segundo o mesmo procedimento daquelas"<sup>105</sup>.

Os dois atributos de formalização, malgrado costumem aparecer juntos, atuam de modo totalmente autônomo e suficiente, bastando a presença de um deles para que se tenha Constituição formal. A ausência de ambos significará a inexistência de normas formalmente constitucionais.

Encontra-se difundida em boa parte da doutrina a idéia de que a rigidez constitucional pressupõe a existência de uma Constituição documental (orgânica). Não há, contudo, incompatibilidade radical entre normas constitucionais esparsas e rigidez constitucional.

As já mencionadas Leis Fundamentais do Reino constituem exemplo historicamente situado de Constituição costumeira e, portanto, inorgânica, dotada de rigidez (absoluta para a doutrina majoritária). Vem bem a propósito o comentário de Paulo Bonavides:

"A velha constituição francesa anterior a 1789, assentada basicamente em normas consuetudinárias, continha costumes rígidos, como assinalam vários constitucionalistas (Burdeau, Vedel, etc.). Citam especialmente o caso da anulação do testamento de Luís XIV, que alterava a lei de sucessão do trono e fora feito pelo rei, sem audiência dos Estados Gerais, no exercício de uma função legislativa ordinária. Veio depois o testamento a ser cassado pelo Parlamento de Paris. Com esse ato comprovou ele a rigidez e superioridade do costume constitucional"<sup>106</sup>.

104. Cf. Pablo Lucas Verdu, *Estudo Preliminar à obra de Bryce Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. XXXIV.

105. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, cit., p. 9 e 64.

106. *Direito constitucional*, cit., p. 61.

Já a flexibilidade de Constituições orgânicas é admitida pacificamente. O exemplo sempre citado é o do Estatuto Albertino, de 1848, a Constituição da Itália monárquica e que, nas palavras de Biscaretti di Ruffia, enquanto "ato solene e historicamente bem diferenciado das demais leis do Reino, representava certamente uma *Constituição em sentido documental*, porém não dava origem a uma *Constituição em sentido formal* (que apareceu, na Itália, apenas em 1947), uma vez que os seus artigos, sob o ponto de vista do direito estrito, podiam ser modificados ou ab-rogados (como sucedeu mais de uma vez) pelos órgãos legislativos normais"<sup>107</sup>.

Em resumo, há três modalidades de Constituição em sentido formal: a) Constituição rígida e documental, em que a formalização se dá por rigidez e organicidade; b) Constituição rígida e inorgânica (costumeira ou não), em que a formalização ocorre exclusivamente por rigidez; c) Constituição documental e flexível, em que a formalização decorre exclusivamente da organicidade.

Na prática contemporânea, como é fácil constatar, a maioria dos Estados possui Constituição em sentido formal e do tipo a (rígida e orgânica).

De outra parte, é inegável que os dois atributos de formalização não possuem igual peso. De fato, as Constituições rígidas e inorgânicas tendem a se tornar orgânicas, posto que a rigidez conduz a clara identificação de um conjunto de normas formalmente constitucionais, as quais, a qualquer momento, podem ser corporificadas em um só documento. Já as Constituições documentais flexíveis, precisamente em face de sua flexibilidade, tendem a perder o seu caráter orgânico, diluindo-se rapidamente, por força de sua precária estabilidade formal. A rigidez é, pois, o principal propulsor da formalização constitucional.

#### 14. Rigidez e supremacia constitucional

Do atributo formal da rigidez das normas constitucionais, ou seja, da sua inalterabilidade pelos procedimentos usuais de renova-

107. *Direito constitucional*, cit., p. 88, com observância de que, *data venia*, confunde o autor peninsular os conceitos de Constituição formal e Constituição rígida. O Estatuto Albertino, na verdade, era uma Constituição formal (por atributo orgânico), embora despida de rigidez.

ção da legislação comum, extrai a doutrina o princípio da supremacia da Constituição e de suas normas sobre os atos legislativos, costumes e respectivos conteúdos normativos.

Não se trata aqui de uma simples *supremacia material* (maior importância das normas constitucionais) e sim de uma *supremacia formal*, indicativa de relação de *hierarquia* entre a Constituição e as demais fontes normativas<sup>108</sup>.

De fato, sem rigidez constitucional não é possível falar em supremacia (formal), posto que as normas constitucionais flexíveis são colocadas em pé de igualdade com as demais normas do ordenamento, na medida em que são modificadas pelo mesmo procedimento destas, valendo nas relações entre ambas o princípio da *lex posterior derogat priori*.

Por outro lado, não é difícil chegar à supremacia pelo caminho da rigidez. Na medida em que inexistem normas superiores discriminadoras de competências (e, se existissem, seriam elas as normas verdadeiramente constitucionais), as normas constitucionais e as demais podem dispor sobre matéria idêntica, atuando, destarte, a rigidez daquelas como critério de solução de conflitos internormativos, a partir do momento em que da rigidez se deduz a superioridade hierárquica das normas constitucionais.

Há quem pretenda, entretanto, que mesmo nos Estados de Constituições flexíveis existe uma supremacia hierárquica entre as normas constitucionais e as demais, ao menos no que concerne à regulação do procedimento legislativo ordinário pelas normas constitucionais.

É esse, por exemplo, o ponto de vista de Marcelo Neves, ao sustentar:

"Mesmo nos sistemas carentes de Constituição em sentido formal, há um núcleo normativo regulador do processo de produção das normas jurídicas gerais, caracterizado como Constituição em sentido material escrito, cujo conteúdo tem uma supremacia jurídica intrínseca, por ser logicamente anterior às demais normas gerais (legais e costumeiras) pertencentes ao ordenamento jurídico. Em realidade, quando, nos sistemas de Constituição flexível, a legislatura ordinária reforma as normas de conteúdo intrinsecamente constitucional (Constituição em sentido material estrito), deve atuar de acordo com

108. Cf. José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 45.

o procedimento por elas mesmas prescrito, sob pena de sanção por invalidade formal<sup>109</sup>.

É visível a inspiração no pensamento de Kelsen, que constrói a relação hierárquica entre a Constituição e as demais fontes a partir do conceito material de Constituição, entendido no sentido estrito de conjunto de normas reguladoras da produção de normas jurídicas gerais<sup>110</sup>.

Busca-se obter a supremacia formal a partir da supremacia material e não como decorrência da característica formal da rigidez.

Pretende-se, assim, que uma lei ordinária não possa violar as normas materialmente constitucionais (acerca do processo legislativo), sob pena de invalidade. É certo que sempre seria possível ao Poder Legislativo editar uma lei ordinária destinada expressamente à modificação dessas normas (nisto consistindo a flexibilidade do sistema), mas ainda nessa hipótese teria de ser obedecido o procedimento legislativo nelas previsto, recebendo as indigitadas normas uma última aplicação antes de serem revogadas.

Essa doutrina, porém, não prevaleceu nos Estados regidos por Constituições flexíveis, como se pode observar do ordenamento inglês, o paradigma dos sistemas constitucionais flexíveis.

Sobre o assunto, escreveram Bradley, Wade e Phillips:

"Na ausência de uma Constituição escrita para guiar as Cortes na identificação de uma lei do Parlamento, a definição legal de uma lei do Parlamento é primordialmente matéria de Direito costumeiro. A regra do Direito costumeiro inglês é que, para um projeto de lei se tornar lei, ele deve ser aprovado pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns e receber a sanção real. Nos casos ordinários, esse simples teste consistirá em uma rápida inspeção da cópia impressa real de uma lei do Parlamento a qual trará na sua ementa palavras formais de promulgação. Quando leis são contestadas sob o argumento de defeitos procedimentais durante sua passagem pelo Parlamento, os juízes têm-se valido da regra da 'lei existente'<sup>111</sup>.

A mencionada regra, em última análise, proclama a inviabilidade do controle judiciário sobre os atos legislativos contestados sob o

109. *Teoria*, cit., p. 65. No mesmo sentido e até com maior amplitude veja-se Franco Modugno, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, v. 1, p. 71-2.

110. *Teoria pura do direito*, cit., p. 240.

111. *Constitutional and administrative law*, 9. ed., Bungay (Suffolk), Richard Clay, 1977, p. 70.

argumento de vício procedimental e é bastante firme na jurisprudência britânica<sup>112</sup>.

No caso "Lee" ficou, de fato, assentado que, "se uma lei do Parlamento foi obtida impropriamente, cabe à legislatura corrigi-la, revogando-a; mas, enquanto ela existir como lei, as Cortes estão obrigadas a obedecê-la". Coerentemente, no caso "Pickin", a Câmara dos Lordes asseverou que "certamente compete ao Parlamento declarar quais são os procedimentos que devem ser seguidos antes que um projeto se torne lei". Portanto, prosseguiu Lord Morris, "cabe ao Parlamento decidir se os procedimentos por ele decretados foram de fato seguidos"<sup>113</sup>.

No Direito inglês, efetivamente, vigora desde a revolução de 1688 a doutrina da supremacia do Parlamento<sup>114</sup>, segundo a qual o Poder Legislativo é absolutamente soberano, em referência à função legiferante, não estando adstrito à observância de nenhuma norma jurídica preexistente.

Bem por isso assiste razão a Ignacio de Otto, quando aduz:

"(...) se em um ordenamento existem normas que regulam a elaboração das leis, por exemplo, estabelecendo que em determinados casos se requer uma maioria qualificada, pode dizer-se que entre as normas que regulam o procedimento e as leis que com ele se produzem existe uma relação lógica, em virtude da qual estas não podem ser aprovadas alterando o procedimento prescrito, quer dizer, infringindo as normas que o estabelecem, com a consequência de que, se acontecer essa infração, a lei aprovada é nula; porém, isso só ocorre se o ordenamento jurídico o estabeleceu, dispondo que as normas de procedimento hão de ser sempre respeitadas e que será nula a lei que se aprove infringindo-as. Se não houver tal previsão no ordenamento, as normas de procedimento não serão em realidade normas jurídicas, mas previsões que possivelmente se cumprem de modo mais ou menos estável, porém que a qualquer momento podem ser infringidas

112. Casos "Edinburgh & Dalkreith Railway v. Wauchope" e "Lee v. Bude & Torrington Railway Co.", do século passado, e caso "Pickin v. British Railways Board", da década de setenta, neste século (cf. Bradley, Wade e Phillips, *Constitutional and administrative law*, cit., p. 70-1).

113. Apud Bradley, Wade e Phillips, *Constitutional and administrative law*, cit., p. 71 e 73.

114. Cf. Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 60.

sem que isso acarrete conseqüência alguma<sup>115</sup>.

Com efeito, os sistemas constitucionais flexíveis assentam-se em uma regra estrutural, em geral não explicitada no ordenamento enquanto norma jurídica<sup>116</sup>, segundo a qual a lei jamais vincula o Legislador futuro. Logo, uma lei editada para reger o processo legislativo não é recebida pelo sistema como lei ou, dito de outro modo, possui apenas a aparência legal: é lei inexistente.

Só é possível, por conseguinte, disciplinar normativamente o processo legislativo mediante Constituições rígidas, em que se proclame a superioridade de suas normas sobre as demais.

Em sistema constitucional flexível, entretanto, há o problema de identificação dos atos legislativos, de modo muito semelhante ao que ocorre nos sistemas constitucionais rígidos. É preciso que o agente normativo, por meio de órgãos reconhecidos (previamente) como produtores de normas, manifeste a sua vontade, que não pode, como vimos, implicar a subordinação futura do próprio agente.

Era nesse sentido que, durante a vigência do Estatuto Albertino (Constituição orgânica flexível do Reino da Itália), admitia-se o "controle" das leis pelo Judiciário. Conforme ensina Crisafulli, tal "controle" era extremamente limitado, consistindo, por exemplo, no exame da desconformidade entre o texto aprovado pelas Câmaras e aquele sancionado e promulgado pelo Rei ou da desconformidade entre o texto aprovado por uma e o texto aprovado por outra Câmara:

"É claro que, no fim das contas, o controle sobre a validade das leis se reduzia e se resolvia, no ordenamento estatutário, na mera declaração da existência mesma de uma lei ou de uma disposição suscetível de poder ser qualificada como legislativa"<sup>117</sup>.

Disso não se infere, contudo, nenhuma relação de supremacia hierárquica entre as normas constitucionais flexíveis e as normas da legislação ordinária. Tal relação, como é óbvio, pressupõe a existência dos dois termos em comparação, não fazendo sentido a afirmação de que uma Constituição flexível é superior às leis inexistentes, embora

115. *Derecho constitucional*, cit., p. 18.

116. Conforme expõe Tércio Sampaio Ferraz Júnior, as regras estruturais não fazem parte do repertório, isto é, do conjunto de elementos normativos e não-normativos do ordenamento, e sim de sua estrutura (*Introdução*, cit., p. 165). Às vezes, entretanto, podem essas regras ser incorporadas em normas jurídicas.

117. *Lezioni di diritto costituzionale*, 4. ed., Padova, CEDAM, 1976, v. 2, p. 235.

seja certo que se afirma a inexistência a partir de elementos fornecidos por normas constitucionais.

Se da supremacia material de certas disposições constitucionais flexíveis fosse possível fazer derivar a supremacia hierárquica, impor-se-ia o reconhecimento da superioridade do Poder que as elaborou sobre os demais Poderes estatais, com a conseqüência de que as normas editadas pelo Poder supremo não poderiam ser tocadas pelos Poderes inferiores, ou seja, acabar-se-ia por negar a flexibilidade do sistema e afirmar a sua rigidez.

O único modo, pois, de se obter a superioridade hierárquica em ordenamento constitucional flexível é destruindo a mencionada regra estrutural do sistema, o que exige a atuação do Poder Constituinte originário.

No plano puramente lógico-formal, o princípio da supremacia aparece como decorrência da rigidez constitucional, consubstanciada em normas que estabelecem o procedimento especial (por diversidade orgânica ou procedimental) de revisão das normas da Constituição.

Se a matéria, todavia, receber uma abordagem histórico-política, verificar-se-á que, normalmente, a supremacia hierárquica, enquanto regra estrutural dos sistemas rígidos precede a rigidez, que a segue como um consectário lógico, invertendo-se, destarte, os termos da equação.

Com efeito, bem encaminhado o problema, constata-se que, no momento de edificação de ordenamento constitucional rígido, em regra, parte-se da supremacia, ao se efetuar a "distinção entre Poder Constituinte, que dá início à ordem jurídica, e Poderes Constituídos, que a desdobram nos limites e nas formas estabelecidas pela Constituição"<sup>118</sup>.

Consoante Ferreira Filho, em sua monografia sobre o Poder Constituinte, "a distinção entre o Poder Constituinte e o poder constituído aparece solidamente pela primeira vez na obra de Sieyès"<sup>119</sup>.

De fato, para o Abade Sieyès, o Poder Constituinte, agindo de modo ilimitado e incondicionado (ilimitação formal), dá início à ordem jurídica mediante o estabelecimento de uma Constituição. Essa Constituição cria os Poderes que exercerão as funções estatais:

118. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 204.

119. *O Poder Constituinte*, cit., p. 12.

“Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles”<sup>120</sup>.

Sendo assim, a justificativa para a superioridade da Constituição sobre os atos propriamente legislativos, afirmada por Sieyès no Capítulo V do *Que é o Terceiro Estado?*, reside no argumento de que a Constituição é obra de Poder superior ao Poder Legislativo. Daí, sentindo a necessidade de criar um mecanismo de modificação das normas constitucionais, aporta Sieyès na rigidez constitucional, ou seja, a Constituição somente poderia ser alterada por um Poder, também de natureza Constituinte, derivado do Poder Constituinte originário, que o cria para o desdobramento de sua obra inicial, e não pelo Poder Legislativo ordinário<sup>121 e 122</sup>.

Não é de estranhar que a regra estrutural do sistema preceda as normas constitucionais, até mesmo as que tratam de sua reforma. Afinal, a regra estrutural, ao menos normalmente, já está presente na atuação do Poder Constituinte, antes mesmo de dar vida à Constituição. Apenas excepcionalmente se poderia imaginar um Poder Constituinte sem consciência de sua supremacia institucional, elaborando uma Constituição que agasalhasse o atributo da rigidez, a partir dele, extraindo-se, então, o princípio e a regra estrutural da supremacia hierárquica.

O que importa, entretanto, é deixar patenteado que a rigidez e a supremacia (formal) das normas constitucionais estão umbilicalmente ligadas, devendo-se entender a supremacia hierárquica, simultaneamente, como regra estrutural (do ordenamento) e como um princípio constitucional, inferido, enquanto tal, das normas agasalhadoras da rigidez e do controle de constitucionalidade.

A relação entre a teoria do Poder Constituinte e a construção da regra estrutural da supremacia hierárquica das normas constitucionais fica nítida, ao se observar que nos ordenamentos assentados em Constituições flexíveis despertam pouco interesse as construções doutrinárias sobre o tema<sup>123</sup>.

120. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, cit., p. 12.

121. Isso não impede, como já salientado, que ao órgão detentor do Poder Legislativo ordinário seja atribuído o Poder Constituinte derivado de revisão. Nessa hipótese, a diversidade procedimental atestará tratar-se do exercício de uma potestade inconfundível com a legiferação comum.

122. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, cit., p. 12-3 e 15.

123. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 19.