

Reflexões em tórno da distinção entre Lei Constitucional e Lei Ordinária

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

O artigo em questão de autoria do doutor Paulo Dourado de Gusmão, destacado especialista do Direito, constitui um breve estudo acerca da diferença entre a lei constitucional e a lei ordinária.

Esse trabalho, escrito por quem conhece o assunto em tórno do qual borda considerações que assinalam os aspectos das normas de leis que regem o País, pelo cunho inédito e atual, justifica a sua inserção neste número da "Revista do Serviço Público".

DE tódas as distinções, que se podem admitir em matéria de norma jurídica, a de norma constitucional e a de norma ordinária são mais importantes.

Podemos compreender as normas constitucionais em dois sentidos: em um sentido substancial e em outro formal. Do ponto de vista substancial chamamos por norma constitucional aquela que tem por conteúdo matéria constitucional. Entende-se por matéria constitucional a que estabelece a organização política do Estado, fixando na carta magna os postulados ético-político-econômicos, historicamente dominantes. Neste sentido, norma constitucional traduz um regime político histórico. Já Aristóteles (Política IV) concebia a Constituição como sendo um ordenamento do Estado estabelecido de fins e funções. Mas a norma constitucional não só fixa as funções do Estado, a organização dos poderes como também estabelece as garantias das liberdades individuais e os deveres do homem. Por conseguinte, tudo o que diz respeito à estrutura e à organização, às funções, aos poderes do Estado e às relações do indivíduo com o mesmo, é matéria constitucional. E' comum modernamente encontrarmos no preâmbulo ou no corpo das constituições, uma declaração de di-

reito (1). Deve-se ao direito natural a origem destas declarações e o próprio termo "declaração de direitos" nos demonstra que se tratam de direitos anteriores ao direito positivo não fazendo êste mais do que declará-los. Todavia, a moda de fixar-se na matéria constitucional os direitos fundamentais do homem, generalizou-se e quase tódas as constituições a estabelecem. Constituem essas declarações a carta das liberdades individuais e a armadura do homem contra o arbítrio do Estado. Em doutrina, discutiu-se se as normas constitucionais que fixam êsses direitos constituem verdadeiras regras *iuris* ou se são preceitos programáticos, filosóficos, enquanto a maioria dos autores sufragaram a opinião de que são verdadeiras normas jurídicas, pois do contrário não atingiriam à sua finalidade. Historicamente, a primeira declaração de direitos foi elaborada pela América, a *Bill of Rights* dos americanos que foi incluída na Constituição de Massachusetts de 1780 e, posteriormente na de Filadélfia; porém a "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", da Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791, foi que influiu nas demais cartas constitucionais do continente europeu e do continente latino-americano. A Constituição Francesa de 1791, fixando em suas primeiras normas êsses direitos fundamentais do homem antes das regras que estruturaram o Estado, traduzia os postulados filosóficos do jusnaturalismo, que colocava o indivíduo em prioridade com o Estado. Essa declaração de direitos, fruto das ideologias da Revolução Francesa, achava-se impregnada por um puro individualismo, sendo que nas constituições modernas procura-se concii-

(1) BATTAGLIA (F) — La carte dei diritti, Firenze 1934; CESARINI SFORZA (W), La dichiarazione dei diritti, Bologna 1915; DEL VECCHIO (G) La dichiarazione dei diritti dell'omo e del cittadino nella Rivoluzione Francese 1903; RADULESCU (A) Doveri e diritti nella nuova Costituzione della Romania, in Riv. Int. di Fil. del Dir. 1939, fasc. III-IV, p. 240 e seg.

liar o binômio: indivíduo e Estado numa carta de direito de cunho socialista, impondo-se deveres ao homem frente à coletividade, restringindo-se não só algumas liberdades individuais como o direito de propriedade em benefício do bem comum, sem, contudo, violar aquêlê mínimo de direitos indispensáveis a uma vida com dignidade. Nesse sentido, temos a restrição dos direitos subjetivos e a apologia da teoria do abuso do direito, a qual só pode ser compreendida num clima em que o interesse social predomine sobre o individual e que o direito se ache impregnado de preceitos morais.

Pelo exposto vimos como é vaga e imprecisa de ser determinada a matéria constitucional, a qual, dia a dia, se amplia com a ingerência do Estado nas relações de direito privado. Daí ser difícil, no sentido material, definir a constituição. Num sentido lato, constituição é tudo que caracteriza um sêr, diferenciando-o dos demais. Nessa acepção do termo, o problema torna-se insolúvel e, por constituição, chamaremos qualquer ordenamento jurídico de qualquer instituição. Mas a constituição, no sentido técnico jurídico, é a organização jurídica da qual historicamente nenhum Estado pôde, pode ou poderá prescindir. São os princípios estruturais do Estado que fixam as suas relações com os demais Estados e com os indivíduos subordinados à sua soberania, estabelecendo às suas funções, o equilíbrio dos poderes. Nesse sentido a constituição é a lei básica.

O Estado que possua uma constituição é um Estado constitucional. Estado constitucional é, pois, todo aquêlê, independente do regime dominante, que possua uma lei básica, organizado em função de um princípio ordenador, que cumpra a constituição e faça cumpri-la. Não pode ser acolhida a opinião de que o Estado constitucional é o Estado representativo, pois se assim o admitíssemos identificaríamos a constituição com um tipo histórico de regime político, o que seria paradoxal. Dessa forma, em regra, todo o Estado que possua uma lei básica é um Estado constitucional. O Estado constitucional pressupõe a diferenciação das funções normativa da administrativa e da jurisdicional, as quais devem ser exercidas por órgãos diversos. A centralização ou acumulação na mão de um homem dessas três funções do Estado traduz um clima de tirania, ou de possibilidade de arbitrariedade incompatível com o Estado constitucional que é um Estado de liberdade.

Estabelecida a conceituação substancial da norma constitucional, deixando-se de examiná-la do ponto de vista formal que será objeto da segunda parte dêste trabalho, passemos a determinar o conceito de norma ordinária.

Enquanto a norma constitucional é de direito público, a norma ordinária é de direito privado ou de direito público. A *lex* ordinária é, pois, aquela que por conteúdo não tem matéria constitucional, tendo por limite os princípios da carta magna. Por conseguinte, a lei ordinária distingue-se da constitucional pelo seu conteúdo.

2. Do ponto de vista formal, a lei constitucional distingue-se da lei ordinária, nas constituições rígidas, pela sua elaboração. A distinção formal das leis em constitucionais e ordinárias é um *contentivum* da classificação das constituições em rígidas e flexíveis. Na constituição rígida, a lei constitucional só pode ser modificada por outra lei constitucional, a qual deverá observar um procedimento especial, não podendo o legislativo ordinário transformá-la. Na constituição flexível, a norma constitucional pode ser alterada por qualquer lei ordinária, sobre o fundamento de que o poder constituinte é imanente no legislativo. Nos Estados que vigoram o primeiro tipo de constituição o poder judiciário só poderá syndicar da constitucionalidade formal das leis, enquanto no segundo tanto da formal como da substancial. A dicotomia constitucional criou a distinção do legislador ordinário do constituinte, que, por sua vez, traduz a exigência ou não de um procedimento especial para a elaboração das leis. Em síntese, a distinção da lei constitucional da lei ordinária implica uma diversidade de forma e de conteúdo.

III — Em qualquer forma de Estado, em qualquer espécie de constituição, a lei constitucional é hierarquicamente superior à lei ordinária. Fixando a Constituição as relações fundamentais da vida no Estado, estabelecendo o procedimento da elaboração das demais leis, fixando competência, delimitando as leis ordinárias, estabelecendo princípios pelos quais dão-lhe uma relativa imutabilidade, não podendo ser alterada senão por outra lei constitucional, diz-se ser a constituição a fonte originária de tôdas as normas e denominada, por isto, fonte de validade ou de qualificação (2). Na

(2) CESARINI SFORZA (W), La crisi delle fonti, in Archiv. giur. 1936.

hierarquia das fontes, pois no Estado moderno existem um complexo de fontes entre si hierarquizadas, a constituição é a *lex fundamentalis*, a lei básica e suprema a qual não pode ser modificada a não ser por outra lei constitucional.

IV — Fixando, de maneira sumária, o conceito de norma constitucional, da distinção desta das normas ordinárias e da sua supremacia sobre as demais regras *iuris* é o momento de indagarmos os modos pelos quais se modifica a constituição.

Normalmente a lei constitucional só pode ser modificada por outra lei constitucional.

Alguns autores partidários da teoria contratualista afirmaram que a constituição é um verdadeiro contrato social, não podendo ser modificado senão pelo acôrdo das partes, sendo um reflexo dêste ponto de vista o referendun. Pelo *referendum* o povo participa diretamente da função legislativa, requerendo algumas constituições êste procedimento não só para as leis constitucionais como também para as leis ordinárias. O *referendum* pode ser de duas espécies: o de ratificação e o consultativo. O primeiro é o mais comum; elaborada uma lei, é pelo legislativo apresentada ao povo para a sua aprovação; no segundo êle antecede a função normativa; o legislativo, sonda a opinião popular sobre a conveniência ou não da modificação da constituição.

Nas constituições rígidas, as leis constitucionais para serem modificadas requerem um procedimento especial e, às vêzes, exigem-se instituições legislativas diversas do legislativo ordinário. Assim para alguns Estados se requer a formação de uma assembléia constituinte; em outros, o legislativo ordinário, em maioria, poderia alterá-la, sendo necessário, para outros sistemas constitucionais, a união das duas câmaras em assembléia única. Êsses são os chamados meios de transformações normais da constituição; todavia, a constituição pode ser alterada, revogada pela revolução, a qual exprimindo uma nova vocação jurídica do povo, por meios pacíficos ou sangrentos, substitui uma constituição por outra. É nesse sentido que se diz ser a revolução fonte constitucional ou normativa.

V — As constituições nem sempre se apresentam sobre a forma escrita, sendo em alguns Estados costumeiras. A primeira constituição escrita data de 1787 e é americana, denominada

Filadélfia, precedendo-a, na História, a francesa de 1791.

Discutiu-se da conveniência ou não de serem reduzidas a forma escrita, as constituições. Afirmaram alguns autores que, devendo as constituições fundarem-se nas tradições, e modificarem-se com as transformações sociais, pela forma escrita seria impossível satisfazer os requisitos de uma boa constituição. A tese da constituição escrita está vitoriosa e a experiência jurídica nos atesta as suas vantagens. Fixando-se as normas fundamentais de forma inequívoca pelos princípios básicos, garantem-se a ordem, a paz e a liberdade individual e evita-se o arbítrio. Não pretendemos, pelo exposto, afirmar a imutabilidade da constituição; as leis transformam-se ao ritmo das transformações da vida, porém, a forma escrita não constitui um impecilho à adaptação histórica da constituição à vida, pois pela interpretação atual das leis constitucionais e pela possibilidade de sua modificação, satisfaz, em parte, a evolução dos princípios constitucionais. Se as normas constitucionais tiverem uma certa elasticidade, se os princípios contidos na constituição forem dotados de grande generalidade é possível adaptá-la, sempre, às necessidades mutáveis da vida.

VI — Em função da constituição temos a constitucionalidade e a inconstitucionalidade das leis. Tanto uma como outra implica uma relação de leis, isto é, uma relação entre a lei ordinária e a constitucional. A constitucionalidade da lei ordinária existe quando esta não transgride, não altera ou está conforme os princípios estabelecidos na lei constitucional. Na inconstitucionalidade, temos um antagonismo entre a lei constitucional e a lei ordinária. Dois aspectos devemos examinar na inconstitucionalidade das leis: o das leis anteriores à constituição, cujos preceitos são contrários aos estabelecidos na nova lei constitucional, e os das leis posteriores à Constituição. Nas leis anteriores a constituição, e que são contrárias aos seus princípios, temos duas fases: numa ela é constitucional, ou seja de acôrdo com a constituição derogada e noutra ela é inconstitucional, por ser contrária à nova constituição. Essas leis podem ser revogadas expressamente, não apresentando, assim, qualquer dificuldade. O problema surge quando estas leis não são revogadas expressamente. Ora se elas são contrárias aos princípios

da constituição, e se a constituição é a lei básica, fundamental, superior, acha-se, tácitamente, revogada. Poderíamos, à força de lógica, encontrar no preceito das disposições transitórias: "revogam-se as disposições em contrário", uma revogação expressa, de forma genérica, de todas as leis contrárias à Constituição.

O Prof. Francisco de Campos (3) afirmou que a lei inconstitucional inexistente e, portanto, a expressão lei inconstitucional constitui uma contradição em termos, não se podendo falar de superioridade da lei constitucional sobre a lei ordinária inconstitucional porque não há superioridade entre o que existe e o que não existe. O preceito jurídico que se declara inconstitucional, de fato, inexistente, porque não pode produzir efeitos jurídicos, e com a lei é uma norma para a vida a fim de operar-se, e se ela não pode ser aplicada, inexistente juridicamente. Mas por que inexistente? Porque sofre uma irregularidade no procedimento de sua elaboração. Mas qual a norma que estabelece este procedimento senão a lei constitucional? Pode, ainda, inexistir se os princípios formulados pela lei ordinária forem contrários aos estabelecidos na carta magna e assim, ainda, a lei é inexistente pelo fato de violar os postulados da lei constitucional. Ora se é em função desta fonte de validade que existem ou inexistem as leis, forçosamente temos que admitir ser a constituição a norma fundamental, superior às demais. Só admitindo a sua superioridade podemos taxar de constitucional ou inconstitucional as leis. A superioridade não é entre a lei constitucional e a inconstitucional ou inexistente, mas entre a lei constitucional e a lei ordinária. É, portanto, a lei constitucional que estabelece, que inexistente qualquer preceito jurídico que modifique, transgrida, altere um preceito constitucional.

VII — Só nos países em que existe uma hierarquia das leis em ordinária e constitucional, é possível a sindicância da constitucionalidade das leis.

O exame da constitucionalidade das leis, do ponto de vista material, só é compatível com as constituições rígidas, enquanto nas constituições flexíveis só é possível a indagação da constitucionalidade formal das leis.

(3) Direito constitucional 1942, p. 49-50, 52, 60 e 61.

É uma questão de direito positivo o estabelecer-se qual o órgão competente ao exame da constitucionalidade das leis. Em alguns países requer-se um tribunal especial; outros acham que a competência é do parlamento; achamos que no Estado, fundado na divisão dos poderes, e no seu recíproco controle, ao poder judiciário deve ser encarregado essa função, pois a sindicância da constitucionalidade das leis pressupõe a interpretação das leis o que é da competência da justiça.

Pelo exposto, a constituição deve exigir uma forma especial para sua modificação, que, ao lado da possibilidade do exame da constitucionalidade das leis pelo judiciário, constitui uma garantia das liberdades individuais, um impedimento ao arbítrio (*).

(*) Da bibliografia usada, entre outras obras, merece ser citada: ARCOLEO *Diritto costituzionale*, Napolis 1904 p. 383; BRYCE, *La repubblica americana*, trad. it., Torino 1916; BARTHELEMY (J), *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1936, p. 104; BATTAGLIA, *Stato etico e Stato di diritto* (Riv. int. di fil. del dir. 1937); CAMPOS (FRANCISCO). *Diritto costituzionale*, 1942, p. 32, 52, 60, 61; CROSA, *Diritto costituzionale*, p. 11 e seg.; CARRE DE MALBERG (R), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931; DUBOIS RICHARD, *L'organisation technique de l'Etat*, Paris 1930; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1937; FERRACCIU, *Le leggi di carattere costituzionale* (Riv. di dir. pubbl. 1930, I, 69); KAWAN (L) *La costituzione della Polonia*, Milano; KELSEN (H) *La teoria general del Estado*, Labor; Id. *La garantie jurisdictionnelle de la constitution* (Rev. de droit publ., 1928); KOULICHER, *La multiplicité des sources en droit constitutionnel*, in *Le problème des sources* 1934; MICELI (V) *Diritto costituzionale*, Milano; MORTATI, *La costituzione in senso materiale* 1940; MOSCA, *Dei rapporti fra il parlamento ed il potere giudiziario*, Palermo 1885; ORICONE (A), *Sulle leggi costituzionale*, Roma 1933; Id. *Costituzione* (Nuovo Dig. It.); Id. *Costituzionalità* (Nuovo Dig. It.); PARESCHE, *Il concetto giuridico di rivoluzione e la teoria delle fonti* (in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze* 1936); PERGOLESI (F) *Manuale di diritto costituzionale*, Roma 1941; Id. *La costituzione come fonte di validità dell'ordinamento giuridico* (Riv. di dir. pubbl. 1937); ROZY, *La division du pouvoir*, Paris, p. 73; RUI BARBOSA, *Constituição federal brasileira*; RAPISARDI MIRABELLI, *Elementi di diritto pubblico generale e introduzione al diritto costituzionale it.* 1935; RANELLETTI, *Ist. di dir. pubbl.* 1942; SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933; Id. *Principii di diritto costituzionale générale*, Milano, 1946; UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, Macerata, 1887; ZORAS (G), *La costituzione della Grecia*, Milano.