DEFESA, GUARDA E RIGIDEZ DAS CONSTITUIÇÕES

PONTES DE MIRANDA

SUMÁRIO: Capítulo I: Técnica da defesa da Constituição — 1. *Conceito de defesa* — 2. *Função da defesa específica; Capítulo II: Técnica da guarda da Constituição* — 1. *Meios de guarda* — 2. *Transcendência da função de guarda* — 3. *Guarda pelo Poder Judiciário ou por órgão especial?*

Muito se tem tratado da *defesa*, da *guarda* e da *rigidez* das regras constitucionais. Não, porém, com o vigor e os resultados de pesquisa científica. Daí permanecerem os estudos como que à superfície, sem baixarem à natureza e estrutura dos fatos. O jurista examinou-os sem consultar a sociologia e a psicologia; aos psicólogos nunca lhes ocorreu que êsses problemas pudessem interessar-lhes; e os sociólogos, por sua deficiência de conhecimento científico do direito, sempre relegaram aos juristas tais investigações.

Foi essa a causa maior de se haver descurado a investigação da rigidez extra-técnica das Constituições, vale dizer, por exemplo, da rigidez constitucional britânica, a despeito de se tratar de Constituição não rígida. Para espíritos afeitos à indagação da verdade, êsse paradoxo bastaria para os incentivar nas pesquisas, a fim de superá-lo. Mas, para mal da ciência, o esfôrço dos juristas e políticos continuava mais literário, jurídico ou partidário, do que científico.

No entanto, se há problema que estava a reclamar a atividade metódica, a probidade de informes e a isenção de ânimo na classificação dos fatos, era êsse, o da defesa, principalmente, da guarda e rigidez das Constituições. Nós, brasileiros, que tanto carinho pusemos no resolvê-lo legislativamente em 1824, 1891 e 1934, temos hoje a experiência do que significa — onde falta ao povo a rigidez extra-jurídica — a retirada da rigidez técnica. Experiência bem dura.

O conceito de *defesa* da Constituição é mais largo do que o de *guarda* e o de *rigidez*. Abrange-os. E há expedientes de defesa que não são guarda, nem são rigidez. Precisarem-se os três conceitos é indispensável ao técnico e a quem procure entender o mecanismo e a função das Constituições na ordem estatal.

A provisão de conhecimentos (ciência) para se porem e se resolverem, no plano teórico, os problemas de defesa, de guarda e rigidez, e de técnica para se obterem os resultados que se desejam, é uma das mais importantes conquistas do homem contemporâneo.

Supomos conhecida a distinção, que é fundamental em direito constitucional, entre *poder estatal, poder constituinte* e *poderes constituídos*.

O Estado é sempre construção, cujos tijolos são, principalmente, relações jurídicas. Não há Estado antes de construir-se e aparecer, *fora* e *dentro*. Isto é: na ordem interestatal, ou na ordem supra-estatal; e na ordem interna ou intraestatal. Ao poder de se construir Estado chama-se *poder estatal*. Outra coisa é o poder de constituir-se. Todo Estado tem a sua Constituição, *lato sensu*. Quer dizer: tem princípio ou princípios para a sua ordem interna. Ao poder de se constituir o Estado chama-se *poder constituinte*; e êsse admite atividade constituidora diferida, que é o poder reformador. Quando o poder constituinte discrimina poderes, dizem-se êsses *poderes constituídos*

Os assuntos que se versam neste trabalho são restritos à Constituição *feita*, — como guardá-la, como tazê-la rígida, como defendê-la.

Para que exista Constituição é preciso que alguém a faça, e as *Constituições reveladas* foram *reveladas* por alguém. A mais simples distinção é entre a Constituição ditada *a*) por um, a Constituição ditada *b*) por alguns e a ditada c) pela maioria (ou todos). Quem a dita tem o *poder constituinte*. Êsse poder, no passado, se identificava com o *poder estatal*. No presente, não há mais identificá-los.

O poder estatal é *prius* em relação ao poder constituinte. Pelo menos nos nossos dias, a existência de Estados está ligada, para quem se ache no plano do direito das gentes, ao conceito do poder estatal como *direito* auto-regulador *do povo*. De modo que se aceita seja a Constituição feita por outro poder que o poder popular (Constituição outorgada), como se existisse o *princípio da legitimidade por assentimento*, segundo o qual se interpreta como assentimento a estabilidade contra a qual o povo não se manifestou. Qualquer reserva mental é irrelevante. A evolução a operar-se — no plano do direito das gentes — é no sentido de se exigir ou o plebiscito ou a aprovação por poder constituinte às Constituições

outorgadas, ou a elaboração por poder constituinte. Desgraçadamente, não se chegou, ainda agora, a essa explicitude, continuando os Estados com a margem de apreciação própria para os *reconhecimentos*.

CAPÍTULO I

Técnica da Defesa da Constituição

A Constituição, pelo fato de existir, é *lei*. Como lei, impõe-se. As leis ou são infringidas pelos indivíduos, ou pelos próprios órgãos do Estado. Defendê-la é um dos propósitos técnicos. A defesa da Constituição deve passar à frente de qualquer outra lei, por ser a lei que *constitui* o Estado, depois de *construído*. Além de ser defendida contra as violações, reage a Constituição contra as tentativas de mudança que não atenderam às regras sôbre reforma.

1. *Conceito de defesa* — A técnica da defesa da Constituição comporta problemas diversíssimos, como o problema da *guarda da Constituição* e o da *rigidez constitucional*, aquêle ligado a *órgão defensivo* e êsse ao *coeficiente de estabilidade das regras constitucionais*.

A rigidez das Constituições depende da dificuldade (absoluta ou relativa) da sua mudança; da resistência que ela opõe aos atos inconstitucionais que a tentam mudar; e da resistência que opõe às leis que a infringem.

As Constituições, no sentido estrito, apenas gozam, em relação às outras leis, de maior autoridade. Essa maior autoridade se faz efetiva pela rigidez, *psicológica*, *ideológica*, ou *técnica*, que se lhe confere. No sentido lato, Constituição é a fonte mesma da organização estatal, a unidade jurídica do Estado, confundindo-se com o próprio Estado, no seu presente e no seu futuro previsto.

As duas definições acima podem ser encaradas por outro prisma: uma, como a definição das Constituições antes de se operar a diferenciação técnica entre leis constitucionais e leis ordinárias; outra, como definição das Constituições depois da referida diferenciação. Quando já se assentou a distinção, a primeira definição passa a ser sobrevivência conceptual, algo de pré-técnico. A hierarquia de regras jurídicas, que a existência de Constituição, no sentido estrito, implica, tem de ser baseada em elemento diferenciador, que não é sempre, como se pensava, de ordem jurídica (técnico).

Quando o elemento diferenciador técnico, jurídico, aparece, ainda se continua a linha de evolução no sentido de levar ao máximo a rigidez constitucional. No fundo, no sentido de mais estreita delimitação das competências, mais eficiente contrôle do quanto

despótico, das fôrças que — sem essas delimitações precisas e resistentes — operariam *sôltas*, livres, como simples vetores e tensores de física social.

Seja tècnicamente rígida, ou não, a Constituição, alguém se há de incumbir de guardá-la. Quer dizer: de velar por sua observância, pelo respeito que se lhe deve. Naturalmente, velar pela sua aplicação, por parte dos juízes, ou pela sua obrigatoriedade quanto aos cidadãos, é menos do que velar pela sua supremacia em relação às outras leis. Aqui já se suporia que ela fôsse rígida, que os legisladores se contivessem nos traçados que dela resultam, que as leis, violando-as, ou fôssem ineficazes, ou nulas, ou inexistentes (três conceitos que adiante examinaremos).

Mas a Constituição pode ser defendida sem ser pela guarda e sem ser pela rigidez. Por exemplo: pelo ensino cívico, pela sua difusão, pela demonstração das suas vantagens.

Os obstáculos técnicos que se opõem à reforma constitucional são defesa da Constituição, mas defesa que se exerce no plano da elaboração da regra constitucional. Não se confunde com a apreciação da inconstitucionalidade das leis, quando não têm essas o fito de mudar a Constituição. Também a lei que seria acorde com a Constituição se a interpretação *a* de algum artigo fôsse a certa, em vez da interpretação *b*, levanta questão prejudicial de interpretação, que se não identifica com a de inconstitucionalidade.

Má interpretação da Constituição não é *inconstitucional* — é errada.

Divergência entre lei ordinária e texto constitucional não supõe êrro, nem tentativa de mudar a Constituição — vai contra ela, infringe-lhe alguma regra, é inconstitucional.

Reforma irritual ou incurial de texto constitucional pode não ser errada, no que diz respeito à interpretação da Constituição, mas é sempre *inconstitucional*. Também aí é de ocorrer prejudicial de interpretação, porém êsse acidente de modo nenhum tornaria questão de interpretação a de inconstitucionalidade da Reforma.

2. *Função da defesa específica* — Tôda lei tende a permanecer, desde que não se trata da regra para o caso concreto, tal como existia ao tempo da indistinção entre lei e ato administrativo, entre lei e sentença, ou entre lei, ato administrativo e sentença. Se as Constituições se satisfizessem com essa tendência das leis em geral, só o objeto delas as discriminaria das outras leis. Em verdade, porém, as Constituições — salvo atraso da técnica constitucional — precisam de ter maior coeficiente de segurança extrínseca. A defesa, ainda quanto à mudança, tem de ser estudada como problema técnico.

a) A defesa pode ser *própria* (*e.g.*, a rigidez constitucional, que é qualidade, *plus*, da Constituição que a tem), ou *alheia* ("guarda").

Desde que se concebe a Constituição como lei superior às outras leis, é mister defendê-la para que se lhe assegure essa superioridade. Crê-la superior sem o aparelho de defesa é deixar tal conceituação de prevalência no plano puramente doutrinário, intelectual.

b) A guarda da Constituição supõe que se prevejam crises. Não se guarda sem haver risco. Tôdas as Constituições, por isso que o poder constituinte e, com mais forte razão, o poder estatal, não se exercem de uma vez e para sempre, passam por perigos de cair, o que é diferente de serem violadas. A guarda não se concebe contra o titular do poder estatal, nem contra outro poder constituinte que nasça daquele. Só se refere às fôrças derrubantes, ou violadoras, que não tenham tão insigne procedência. O preceito constitucional que cogitasse da guarda da Constituição a propósito de revolução popular vitoriosa, se o poder estatal pertence ao povo, seria ineficaz, além de contraditório. Povo deu, povo tira. O mesmo raciocínio havemos de fazer quanto à guarda contra nôvo poder constituinte, que se origine de titular do poder estatal. A reforma, sim, tem de obedecer ao rito e outros critérios fixados na Constituição, pode e deve ser vigiada, guardando-lhe as regras de cabimento, de oportunidade e de processo.

c) É vulgar confundir-se, ou identificar-se de propósito, a incompatibilidade da lei ordinária com alguma regra constitucional e a aplicação da lei ao caso concreto. Nada têm de comum. Ali, não há choque lógico, contradição; aqui, faz-se efetiva a subsunção. Aqui, aplica-se ao caso a lei que nêle incidiu, ou deve ter incidência e aplicação contemporâneas. Ali, uma lei elimina a outra, no terreno lógico, como a lei nova, que contradissesse a velha, eliminaria, no tempo, a essa, e a lei do Estado adquirente do terreno eliminaria, no espaço, a lei do Estado perdente ou cedente.

A capitulação das leis ordinárias diante de regra constitucional passa-se no plano de *princípio de contradição;* mas há o *plus*, a maior fôrça da Constituição, que faz resolver-se em proveito dessa a colisão de normas. Por isso mesmo, não é verdade que a competência para sentenciar sôbre tal preponderância da regra constitucional esteja contida na de aplicar leis. Isto é: que seja simples incidente, na vida judiciária, o contrôle judicial. Se êsse não existe, o juiz sòmente pode invocar princípios de interpretação das leis e de direito intertemporal.

d) A rigidez da Constituição dá-lhe valor extrínseco acima das outras leis; portanto, é relativo êsse valor. Valor extrínseco absoluto é o de tôda lei pelo fato de ser regra de conduta. O valor

intrínseco é outra coisa. Êsse corresponde ao ser *acertado* a decisão que se toma; aquêles, ao se *ter* tomado a decisão. Quem diz "Tome-se decisão, qualquer que seja", "Certo ou errado, é preciso fazer alguma coisa", só está vendo o valor extrínseco. Não assim quem pára para refletir: "Devo tomar o caminho certo; não me devo apressar: mais vale não decidir que decidir mal". A realidade obriga-nos, quase sempre, a pôr o problema duplo: decidir *já*, e decidir *bem*. A lei há de ter os seus dois valores.

CAPÍTULO II

Técnica da Guarda da Constituição

O problema da guarda da Constituição consiste 1) em se assentar *a quem* se há de confiar a guarda das regras constitucionais. Depois 2), em *como* se há de realizar essa guarda. De maneira nenhuma se confunde com o problema da imutabilidade teórica, ou da difícil mutabilidade das regras constitucionais; se bem que ambos caibam na técnica da defesa da Constituição. A exposição dêles ganha em serem tratados separadamente, a fim de se compor, depois, a solução global da defesa.

1. *Meios de guarda* — Quem pensa em guarda pensa em quem guarde e em como há de guardar. São os problemas 1) e 2), acima referidos.

A priori, uma das guardas mais eficientes seria a *supra-estatal*, se o cerne, pelo menos, das Constituições fôsse objeto de verificação da sua compatibilidade com princípios supra-estatais e existisse órgão supra-estatal para as questões prejudiciais ou as causas de verificação relativas a quaisquer preceitos constitucionais, ou a alguns dêles. Êsse órgão não existe; nem tampouco se caracterizou suficientemente a supra-estatidade de alguns princípios.

O problema, portanto, pertence, ainda hoje, ao direito interno.

No plano do direito interno é que temos de encará-lo. Nêle, tem-se procurado conseguir a invulnerabilidade das Constituições mediante diferentes soluções quanto ao problema 1):

a) *A guarda da Constituição é deixada aos cidadãos*. E' a solução psicológica. Supõe-se a contínua vigilância de todos. Mas nem todos têm a mesma convicção e o mesmo interêsse de guardá-la; talvez nem mesmo a maioria, ou a minoria preponderante (*e.g.*, em alguns países, as classes armadas) o tenha. De modo que os resultados *dependem* da preponderância de fôrças *favoráveis*. Sòmente pode ter bom êxito a guarda da Constituição pelos

cidadãos em geral, se o matiz das suas convicções fôr no sentido de guardá-la (*rigidez psicológica*, favorável aos princípios adotados na Constituição, caso típico do povo da Grã-Bretanha); ou se alguma *doutrina* política constitui cerne constitucional, dum partido ou partidos fortes sustentem (*rigidez ideológica*, favorável a princípios adotados na Constituição, caso típico da Rússia soviética, com o partido comunista). Logo se vê por aí, que a solução a) é solução *necessária*, e não *técnica*, uma vez que apenas enuncia teorema de preponderância de fôrças *favoráveis;* e é *insuficiente*, pois sòmente da preponderância e favorabilidade dessas fôrças pode resultar a *rigidez constitucional*, seja psicológica, seja ideológica (religiosa, filosófica).

As Constituições francesas, de 1830 e 1848, as da cidade de Danzique, de 15-17 de novembro de 1920-14 de junho de 1922, art. 87, e a da Grécia, de 2 de junho de 1927, art. 127, ficaram na solução a), que não chega, em verdade, a ser solução.

b) *A guarda da Constituição é deixada à minoria*. Tal solução supõe a convicção dessa minoria, a preponderância dela de acôrdo ou contra a maioria; portanto, está nas mesmas condições da solução a): é sempre *necessário*, no plano da própria física social, que a minoria preponderante esteja "do lado da Constituição"; porém, como se viu, a respeito da maioria, não é *suficiente*, porque depende da rigidez psicológica ou ideológica da dita minoria.

As chamadas aristocracias (oligocracias ou oligarquias, em verdade) foram formas larvares de guarda da Constituição pela minoria preponderante, assaz restrita.

c) *A guarda da Constituição é deixada ao Chefe de Estado*. Solução que supõe convicções de tal pessoa investida das funções estatais e ao mesmo tempo propósitos de proteção da Constituição. No fundo, o *arcos*, de que vém a palavra *monarquia*, — sobrevivência republicana das formas monárquicas e monocráticas, como da conservação do culto religioso pelo *pater*. O patriarcalismo ressalta. Não há negar que a deficiência de tal solução concorreu para que se passasse, na Alemanha, deslizando-se quase, da Constituição de 1919 para a forma nacional-socialista, destruidora da Constituição mesma.

d) *A guarda da Constituição é deixada ao Poder Legislativo*. No século XIX foi a solução européia, nos países democráticos; não se passou daí, até que, após a primeira guerra mundial, se elaboraram algumas Constituições que se preocuparam com a solução e).

e) *A guarda da Constituição é entregue ao Poder Judiciário*. Atribuir à Justiça a função de examinar as questões sôbre in-

constitucionalidade das leis não é confiá-la a um corpo, mas apenas a um dos Poderes. Por isso mesmo, além da solução e), há outra solução a que chamaremos *f*), quando há corpo especial, judiciário ou não, com a função de guarda.

f) *A guarda da Constituição é confiada, principalmente, a certo corpo especial*. Naturalmente, onde há a divisão dos poderes em três, êsse corpo ou pertence ao Poder Executivo, ou ao Poder Legislativo, ou ao Poder Judiciário.

Eforato lacedemônio, os "conservators of liberty" e "conservators of the Charter" do círculo de Harrington, o "Sénat conservateur" da Constituição francesa de 1799 e outros corpos semelhantes foram exemplo da solução *f*). Desde o Tribunal de Justiça Constitucional da Constituição saxônica de 1831 até à Côrte de Justiça Constitucional austríaca de 1920, outro não foi o pensamento.

2. *Transcendência da função de guarda* — O exame dos atos estatais, inclusive leis e outras normas jurídicas perante as regras constitucionais, é necessàriamente *transcendente* quanto à atividade do órgão estatal cujo ato se examina. Mas essa transcendencia de ordem objetiva e restrita, de modo nenhum deve ser entendida em têrmos de supremacia judicial de ordem subjetiva e geral. A concepção da supremacia conduz a abusos de que foram vítimas as Supremas Côrtes dos Estados Unidos da América, do Brasil e de outros Estados americanos, quando, à fôrça de se afirmarem "voz da Constituição", acabaram por decidir questões puramente políticas, dificultando a evolução do direito ordinário, ou tentando judicializar a solução de controvérsias políticas (*e.g.*), extensão do *habeas corpus* aos investidos de funções eletivas; cf. nossa *História e Prática do Habeas Corpus*, 165 s.; *Fundamentos atuais do Direito Constitucional*, 116). Exemplo contrário, de frenamento, teve-se na resistência da Suprema Côrte dos Estados Unidos da América à legislação do trabalho e outros temas legislativos típicos do século XX. Não deve haver *supremacia* (*Sistema*, I 466 s.); deve haver *defesa da Constituição*, por todos os poderes, precìpuamente pelo órgão especial.

Em 1932 (*Fundamentos*, 116), frisamos que entre a concepção européia, clássica, da não-apreciação da compatibilidade da lei com a Constituição e a concepção do *judicial control*, há de existir "têrmo intercalar, ou superior, que pode ser descoberto".

Os males da concepção clássica, há muito superada, são conhecidos de todos. O mal da outra concepção, explicávamos nós, está em que se permite à Côrte Suprema ir até a *questão política*, — obrigando os juízes a certo criptoconstitucionalismo, para que

a sua solução se apresente como se fôsse solução *jurídica*. No fundo, falsificação raciocinante, consciente ou não.

Pertencer ou não, à Justiça o corpo que decide as questões ou causas prejudiciais de incompatibilidade das leis e outros atos estatais com a Constituição, é problema que envolve o da *técnica da justiça*. Porém o poder dar-se tal função a corpo especial, que nunca resolve sôbre outras questões ou ações, mostra que a *técnica da defesa da Constituição* é perfeitamente separável da *técnica da justiça*, ainda quando os métodos aparentemente sejam os mesmos.

Se a função de apreciação da incompatibilidade com a Constituição é entregue a tôda a Justiça, apenas se permitiu ou se estabeleceu a *cumulação objetiva*. As questões e ações de inconstitucionalidade, se restritas à verificação da consistência entre a lei, ou outro ato estatal, e o texto constitucional, são distintas de quaisquer outras controvérsias, bem como diferentes o método de julgá-las e o método de julgamento das demais. Chamemos àquele método *método de ordenação constitucional* e observemos, desde logo, que entra no *método de ordenação estatal*, ao lado do *método de ordenação legal* e até *regulamentar*, pelo qual se confere com a lei ordinária o regulamento, o decreto, o aviso, a circular, a portaria, ou com o regulamento, o decreto, o aviso, a portaria. A apreciação de qualquer dêsses atos conforme aquêle a que deve obedecer ainda pertence ao *método de ordenação estatal*.

Se não se juntaram as duas funções de julgar, a tendência da Justiça e a do corpo especial é para permanecer no seu campo metodológico, ao lado da tendência a exorbitar do seu campo objetivo. Se se juntaram, há certa confusão de métodos, que criticamos em 1933 (*Fundamentos*, 117), como a de se recorrer, na apreciação da constitucionalidade, à *eqüidade*, que nada tem a fazer em tais questões e causas: no Brasil de 1891-1930, "a eqüidade", dizíamos, "nunca serviu de fundamento a decisões que apreciavam inconstitucionalidade de lei; se bem que se houvesse usado e abusado da regra da irretroatividade das leis, que se achava na Constituição de 1891 e permaneceu ainda, golpeada por decretos discricionários, sem qualquer base jurídica, sob a ditadura de 1930".

3. *Guarda pelo Poder Judiciário ou por órgão especial?* — Politicamente, isto é, como *técnica da feitura da Constituição*, a entrega da ordenação constitucional ao Poder Judiciário, observados os seus graus, ou feitas certas fixações funcionais (*e.g.*, recurso extraordinário, *per saltum*), ou é *proposital*, ou *ocasional*. A entrega a um só dos graus, ou órgãos, é necessàriamente proposital. O que ocorreu nos Estados Unidos da América foi, a despeito do que se pensa, entrega *ocasional* (assin. H. TRIEPEL; *Wesen*

und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen, V, 26). Verdade é que, ocasional a atribuição, os Estados Unidos descobriram e construíram essa solução. Diz-se, lá e alhures, que a guarda da Constituição foi entregue à Suprema Côrte. Ora, porque ela é suprema em tudo que julga, suprema também é no apreciar a compatibilidade com a Constituição; porém isso não significa que se lhe tenha confiado tal função como a corpo *especial* da Justiça.

A Áustria, após a primeira guerra mundial, criou corpo à parte, a que tiveram de ir as questões de apreciação constitucional das leis e regulamentos, por iniciativa de outros órgãos do Estado, inclusive tribunais perante os quais se objetava contra a compatibilidade da lei ou regulamento com os princípios e regras da Constituição. Também o criou a Checoslováquia. Por êsse tempo — enquanto a Irlanda, a Grécia, a Baviera, a Estônia, a Lituânia e a Romênia adotavam o *judicial control* — a Polônia, impermeabilizada aos séculos XIX e XX pela casta dominante — estatuiu que os tribunais não eram competentes para examinar a validade das leis "regularmente publicadas"!

Na história do direito positivo, o que mais interessa, nos nossos dias, é pesar as conveniências e as inconveniências da *guarda entregue ao Poder Judiciário* e as conveniências e as inconveniências da *guarda entregue ao corpo especial*, judicial ou não. Concretamente, optar entre a solução americana e a solução austríaca de 1920. Entre elas há soluções intermédias, como a brasileira da Constituição de 1934, art. 179: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público".

Quanto à solução austríaca, ou qualquer outra, é de bom método separar dos outros problemas o da apreciação da compatibilidade com a Constituição:

a) Na Áustria de 1920, permitiu-se ao govêrno geral o veto das leis locais, que lhe pareçam prejudiciais aos interêsses gerais (§ 98, 2). Ora, conforme mostramos em 1932 (*Fundamentos* 119), não se trata de verificação da compatibilidade, e sim de *ato político*. E' de veto, como qualquer outro, que se cogita. Problema de *técnica da elaboração da lei local*, e não de conferência dela com a Constituição federal.

b) Também se permitiu o *recurso* para a Alta Côrte Administrativa contra atos da administração local lesivos dos interêsses gerais (Áustria, § 129, 3, *b*), em matéria de competência para o regulamento e execução. Ainda *ato político*, a despeito da forma de recurso, se bem que possa ocorrer a *questão jurídica*.

c) As questões sôbre competência das unidades políticas (Estados-membros, Províncias) são *questões constitucionais*, ainda

quando não envolvam exame de *ato estatal* já praticado. A Áustria atribuiu a competência à Alta Côrte Constitucional.

A especialização do corpo judicante obedeceu, na Áustria, ao propósito de se atender à concepção kelseniana das três ordens — a *total*, a do centro ou *geral* (federal) e a das unidades componentes, *parcial* (estadual ou provincial). A novidade estaria em que se não identificaria o ordenamento jurídico global, *Gesamtrechtsordnung*, o ordenamento jurídico central e o de cada unidade, que tem, a mais, o elemento da divisão territorial entre cada uma e as outras unidades. Se é principal, não é total. A cisura não se justificaria entre três ordens, se ela fôsse total: justifica-se, se é principal. Total ela não é, porque não preenche tudo. Pelo simples fato de proceder a operação de repartição de competências não se totaliza, não abrange outras ordens jurídicas". O enunciado "Existem direito constitucional, direito federal e direito local" mostra que se *dividiu* todo o direito interno e que há três ordens. Total seria "direito interno" e não "direito constitucional".

A concepção austríaca das três ordens jurídicas, uma das quais total, pretendeu que êsse enunciado de existência importasse em se *dever criar* a Côrte *constitucional*. Mas sem razão. *Primeiro*, porque a separação dos órgãos não é necessária, tanto que pode haver *dualidade legislativa* (legislação federal, legislação local) e *unidade de justiça*, e até, como é a regra, *trialidade legislativa* (legislação constitucional, legislação ordinária federal, legislação ordinária local), e *unidade de justiça* constitucional e federal, ou *unidade de justiça* constitucional, federal e local. *Segundo*, o problema da Côrte constitucional é o *problema da guarda da Constituição*, entregue a corpo especial. Não está necessàriamente ligado ao da rigidez da Constituição, nem ao da existência de três ordens. A escola austríaca quis estabelecer que existe correspondência entre a rigidez das Constituições e a guarda delas, entregue a corpo especial; e essa correspondência *não existe*.

Reagimos, desde cedo, contra a distinção entre a ordem *constitucional* e a ordem *federal*, que apenas resultaria de *carga* maior de estabilidade daquela, inclusive de meios de guarda. Confusão, dissemos, entre *principalidade* e *totalidade*: "... as Constituições não ficam no terreno puramente político-jurídico. Digam ou não digam que Deus está presente, que as juraram os constituintes ou os povos, ponham, ou não, em relêvo os dados morais que as prestigiam, elas *nascem* e *precisam nascer* com elementos extrajurídicos". A criação de estabilizadores técnicos, dentro do direito, como o dificultamento da revisão e o *judicial control*, operou como elemento *científico* que se inoculou. Três graus de leis, não se pode negar existam nos Estados federais: a lei constitucional (federal e local), a lei ordinária federal, a lei ordinária estadual ou provin-

cial. Não, porém, três ordens, uma *total* e duas *parciais* (*Fundamentos*, 122): "A Constituição é principal, porque prevalece, porque exterioriza, na ordem jurídica, as suas propriedades estabilizantes, que a doutrina do direito público colheu no complexo social de dados religiosos e morais, que cercavam, de regra, as Constituições".

Não há três classes de regras jurídicas, — constitucional, federal e local. Há duas: federal e local. A classe das regras jurídicas federais abrange a legislação constitucional federal e a ordinária federal; a classe das regras jurídicas locais abrange a legislação constitucional local e a ordinária local. Todo o vício da concepção das três ordens assenta em considerar, à parte do Estado e das unidades federais, o laço e o direito "federais". Não tem como elemento do todo estatal o cordão federativo que ata aquelas unidades.

(Continua)