

EUCLIDES DE MESQUITA

**O ESTADO E AS CONSTITUIÇÕES
REPUBLICANAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade do Paraná,
para concurso à Cadeira de
TEORIA GERAL DO ESTADO.

CURITIBA

1949

BC/MUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA
AUTOR
R\$ 10.00 - Doacao
Termo No. 253/03 Registro: 347,480
13/08/2003

UFPR - Sistema de Bibliotecas

Manifestum est quod civitas includit omnes alias communitates. Nam et domus et vici sub civitate comprehenduntur; et sic ipsa communitas politica est communitas principalissima.

São Thomaz de Aquino — Com.
in Polit. I, Lect. I.

a
MINHA ESPOSA

a
meus filhos

Ao

DR. HOMERO DE BARROS,
inteligência privilegiada, a quem devo todo o es-
tímulo para este trabalho.

ÍNDICE

I — Proêmio

Capítulo I

I — Conceito da regra jurídica

II — As variações do Direito Positivo

III — Afirmação do Direito

Capítulo II

I — O Estado. Conceito e funções

II — Conceito de Constituição

Capítulo III

I — A Constituição de 1891

Capítulo IV

I — A Constituição de 1934

Capítulo V

I — A Constituição de 1937

Capítulo VI

I — A Constituição de 1946

Capítulo VII

I — As tendências do Estado Moderno

Capítulo VIII

I — Conclusões.

PROÊMIO

A matéria não constitúe, de certo, novidade. Juristas e sociólogos eminentes dela se têm ocupado no País. Não temos, assim, a veleidade de supôr fazer obra original.

*Parece-nos, entanto, trazer modesta colaboração a esses estudos, em face ao aspecto social de nosso Direito, e pensamos poder dizer, como Frei Amador Arrais: — "... confesso que as mais das iguarias "são alheias, mas o guisamento delas é de mi-
"nha casa". (1)*

Embora a muitos possa parecer puro bisantinismo o versar assunto que, nos tempos atuais, se não refira, expressamente, ao lado objetivo e prático, anima-nos a certeza de que o Direito só poderá evolver dentro das normas morais, pelo estudo de suas finalidades como força de equilíbrio dos agrupamentos humanos. O Direito positivo, pragmático, imediatista, é uma contingência das necessidades humanas, mas, o seu substratum, as suas raízes profundas encontram-se no conceito e diretrizes que lhe traçam os idealistas de sua filosofia.

Sente-se que a expressão do jurista filósofo quando afirma "o Direito é" (2) tem profunda significação moral e filosófica, e o Direito positivo, a norma concreta, produz sempre desajustamentos sociais quando não se encontra revestido do manto tutelar das mais profundas convicções da consciência humana.

Si não trouxemos à tela dos debates assunto que poderia, talvez, ser tido, por espíritos objetivos, como contribuição a problemas de todo o dia, nessa azáfama tremenda que o homem moderno põe em todas as cou-

(1) Fr. Amador Arrais — DIALOGOS — Liv. Figueirinhas — Porto — 1944.

(2) Pontes de Miranda — Constituição Brasileira — Vol. I — Editora Guanabara — Rio — 1936.

sas, podemos afirmar, todavia, que grande é o número dos que, no estudo do Direito, aedicam-se a esses mistéres, e, necessário é que se não esqueçam os estudiosos de ventilar, de quando em quando, os aspectos filosóficos e sociais.

O Direito vem sofrendo deturpações monstruosas em nome de um pragmatismo que, muitas vezes, tem a face voltada, deuberadamente, para a sinistra. . .

E certo que a sociedade contemporanea, destruida aqueua ordem moral e material que deseunava de uimas classicas o conceito ue Direito, procura moiaa-lo em formas que representam, apenas, as duvidas e incertezas da epoca presente. E, ate mesmo os estatutos supremos de quasi toaos os povos nao puderam suportar o vendaval que vem soprando, irresistivel, como os cavaleiros do Apocauypse. . .

E isto sentiu um dos mais lúcidos espiritos humanos, Hermann Keyserling, quando afirmou, em um dos seus ultimos ensaios, que a civilização moderna é um templo que cambaleia. (3)

Confirma o prognóstico do filósofo das "Meditações Sul-Americanas" o seu nao menos celebre compatriota Oswald Spengler, "último poeta sinfônico do romantismo", na frase de Morente. Sombrio profeta da Alemanha do pré-guerra, renovador da cultura moderna, historiador e analista da alma social, Spengler, em "Decadência do Ocidente", chega a conclusões desconcertantes, negando, nos tempos modernos, os principios que sempre nortearam as ciencias filosóficas e sociais: a solidariedade, a dignidade, a moralidade, a justiça humana e o Direito. (4)

Essa inconstância das cousas que conseguiu atingir até as normas juridicas, é bem o resultado dessa separação irreparável que se procurou fazer entre a matéria e o espirito, como si pudéssemos conceber o Homem, como faz o materialismo histórico ou econômico, sem o espirito da Divindade que o anima, e também, as consequências de não corresponderem as organizações políticas ao sentido das tradições sociais e morais de cada povo.

(3) Hermann Keyserling — *Meditações Sul Americanas* — Edição Guanabara — Rio — 1931.

(4) Oswald Spengler — *Decadência do Ocidente* — Trad. Port. Rio — 1932.

O processo de organização política do Estado Brasileiro é, de certo, um desmentido flagrante às grandes linhas de sua formação histórica, e, explica-se, assim, a fragilidade de suas Constituições, ou sempre, dê o Império, a inobservância de seus postulados por não se ajustarem elas às condições reais de nossa formação moral, social e política.

Não é exagerado o conceito acima e Oliveira Viana, um dos mais penetrantes analistas de nossas instituições, afirma: "no trabalho de construção do nosso "aparelhamento político, temos seguido um processo inteiramente oposto ao dos grandes povos da antiguidade, como o romano ou grego, ou dos grandes povos modernos, como o inglês, o norte-americano, o alemão. Entre nós, não é no povo, na sua estrutura, na sua economia íntima, nas condições particulares da sua psiche, que os organizadores brasileiros, os elaboradores de nossos códigos políticos vão buscar os materiais para as suas formosas e soberbas construções: é fora de nós, é nas jurisprudências estranhas, é nos exemplos estranhos, é em estranhos sistemas mas que eles se abeberam e inspiram." (5)

Si não podemos construir nossa organização de Estado, dentro de nossas realidades culturais, éticas e sociais, claro é que nosso povo oscila, indeciso, entre os extremos da Autoridade e da Liberdade. E, nenhuma de nossas Constituições conseguiu situar o problema, de maneira a erigirmos um regime constitucional que pudesse resistir às tentações demagógicas da esquerda ou aos sonhos nacionalistas da direita...

Avulta, de outro lado, a circunstância de que o nosso Direito, maximé o constitucional, não encontrou até hoje, uma estabilidade gerada em fórmula que seja, ao mesmo tempo, jurídica e histórica.

O nunca assás citado Oliveira Viana já acentuou esse fenômeno e comprovou a ausência dele em nossa formação histórica, o que cria um ar de artificialismo jurídico impróprio a reger, por muito tempo, as profundas mutações de uma sociedade em constante evolução social. (6)

E, parece-nos fora de dúvida que o caminho nacionalmente histórico para o nosso País, neste terreno,

(5) Oliveira Viana — O Idealismo na Constituição Brasileira. 2ª ed. Editora Nacional — S. Paulo — 1939.

(6) *Ibidem.*

é aquele que segue a tradição das idéias continentais, dê a sua formação, e não o que se perde em aventuras de recentes pensamentos europeus, gerados por uma crise mundial que não chegamos a conhecer aguda e realmente, de modo a impôr transformações reversivas e capitais.

E neste agitado maremoto de tão tremendas teorias sociais e políticas, as sociedades não puderam encontrar solução do problema de suas organizações, problemas velhos como as civilizações, e, entre nós, podemos dizer que, dê o início da República as nossas gerações vêm procurando conseguir a execução dos princípios constitucionais que, através dos tempos, as vêm regendo, sem encontrar elementos morais, sociais e políticos que sintonisem com as nossas condições objetivas. Os tempos são diferentes, mas, no fundo, o problema é o mesmo. É a eterna luta entre a legalidade e o arbítrio, entre a Liberdade e a Autoridade.

Um grande jurista brasileiro confirma essa dúvida do espírito humano entre os povos:

“O período que atravessamos é cheio de incertezas quanto à verdadeira forma de unidade nacional, quanto aos limites das duas zonas antagônicas da autoridade e da liberdade, do Estado e do indivíduo; e quanto à política internacional, está completamente obumbrado pelas confusões e contradições que, afastando a esperança de qualquer harmonia baseada no direito das gentes, na comunhão universal do direito dos povos civilizados, nos ideais de justiça, parece conduzir a uma fatal conflagração de competições, cujas consequências se não poderão prever.” (7)

O emérito jurista holandês Hugo Sinzheimer pondera que é urgente a criação duma forma unitária que poupe à humanidade a destruição por um período de guerras mundiais, criação que só poderá resultar da contribuição de vários elementos. A ciência tem por missão, de um lado, desvendar sem reservas a situação atual e procurar as suas causas, de outro lado, explicar os elementos atuais de unificação e apresentar o seu conhecimento em conjunto, para daí se deduzir a evidente possibilidade duma solução. Conclúe o notável constitucionalista:

(7) Eduardo Espinola — Tratado de Direito Civil Brasileiro. Editora Freitas Bastos, vol. I, 1939.

“Cette possibilité se réalisera-t-elle? La science ne peut pas répondre. Mais ce qu'elle peut établir c'est que — si l'on se refuse à envisager le problème fondamental de notre situation, si les éléments responsables ne frayent pas la voie vers un nouvel esprit de communauté, s'ils persistent dans leurs tendances égocentriques — en un mot, s'ils ne se persuadent pas que, seule, une nouvelle action commune peut nous sauver — alors la catastrophe de l'humanité apparaît inévitable.” (8)

Escolhendo o estudo do nosso constitucionalismo, tivemos em mente, na simplicidade de nosso despretencioso trabalho, trazer uma pequena ajuda à imensa colmeia de tantos juristas e sociólogos eminentes, afim de podermos colaborar na defesa de um ponto de vista que nos parece certo e mais condizente com a ordem jurídica e social entre nós.

Sabemos que a ousadia de nosso empreendimento será atenuada pela boa vontade decidida que temos de nos tornar, na medida do possível, um modesto colaborador desse notável centro de cultura que é a Faculdade de Direito do Paraná, onde pontificam, com justa e merecida fama, altos espíritos que honrariam qualquer dos nossos mais renomados estabelecimentos de ensino superior.

Este modesto trabalho, fruto de nossos estudos honestos, é, assim, uma homenagem que prestamos à culta e notável Faculdade de Direito do Paraná.

Podem os conceitos emitidos conter falhas e imprecisões, mas, vale-nos a intenção de querer bem servir e trabalhar.

De outra parte, é-nos grato dedicar parcela de nosso tempo à educação da mocidade brasileira, rica de inteligência e de ideais, e tomamos como lema o que Cícero afirmou, como Honra e Verdade:

*“QUOD MUNUS REIPUBLICAE AFERRE
“MAIUS, MELIUSVE POSSUMUS, QUAM SI
“DOCEMUS ATQUE ERUDIMUS JUVEN-
“TUTEM? (9)*

(8) Hugo Sinzheimer, in *L'Etat et la société*, in *Revue de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934 — pág. 140.

(9) Cícero — *De Divinitate*.

CAPÍTULO I

- I — Conceito da regra jurídica**
- II — As variações do Direito Positivo**
- III — Afirmação do Direito**

I — CONCEITO DA REGRA JURÍDICA

Os homens, por sua natureza, são inclinados a viver em sociedade. Podem, só assim, prover aos meios idôneos para satisfação de suas necessidades.

As mais profundas investigações históricas sempre verificaram a co-existência do homem em sociedade. Em qualquer agrupamento humano estão em jogo, dê os mais remotos tempos, de um lado o interesse de cada indivíduo, e de outro, os da coletividade.

Estudando esta circunstância espontânea do fenômeno jurídico, Pedro Lessa afirma que «a observação das sociedades de qualquer espécie, agremiações de homens e de animais, leva-nos à conclusão geral de que a restrição das atividades individuais é uma condição essencial da conservação e progresso dessas coletividades.»

Si é certo que a elaboração social não assume, em suas fases primitivas, o cunho específico de juridicidade, é inegável que as interjeições do selvagem primitivo equiparam-se à linguagem de hoje na serventia ao mesmo fim: tornar possível a comunidade entre os homens e assim promover a solidariedade e maior poder defensivo.

E relata o sociólogo que o homem para vencer a hostilidade do meio em que vivia, teve a capacidade de organizar sua defesa com os recursos ao seu alcance: inventou a funda, tapou com pedras a entrada da caverna e estreitou relações com outros homens. Para a feitura dos instrumentos de caça e pesca, diz êle, para a armadilha ou a emboscada

bem protegida e proveitosa, para a adaptação da fuma às exigências de sua moradia, para a conservação do fogo, preparo das peles, etc., teve o homem de conformar suas ações a **normas técnicas**, rudimentares a princípio e mais precisas e aperfeiçoadas pouco a pouco. Afim de que fossem possíveis a cooperação e a harmonia entre os homens, precisaram eles... sujeitar-se a preceitos elementares de conduta...

Os princípios de conduta adequada à realização e ao desenvolvimento da solidariedade chamam-se **normas éticas**. (2)

Não é possível remontar a uma fase em que se pudesse verificar a transformação da **norma ética** em norma jurídica. Si o caráter de obrigatoriedade de que elas se revestiam, por si só significasse condição jurídica, poder-se-ia vislumbrar esta obrigatoriedade dès os albores das sociedades primitivas, onde sempre se manifestavam como de inspiração mística ou de imposições de força material. (3)

É verdade que, como diz Cogliolo, nas sociedades antigas confundiam-se todas as normas de conduta; todos os povos antigos são semelhantes pela homogênea comunhão do direito com a moral e a religião. (4)

Pedro Lessa ensina que a moral se distingue do direito por ser adjetivada aos seus preceitos a sanção material que falece aos estritamente morais (5)

Mas, nem por isso se pode considerar como não atuante a sanção moral que se realiza por atos de repulsa coletiva, ou num sentimento de auto acusação que é a sanção própria à infração da regra

2) Eusébio de Queirós Lima — Principios de Sociologia Jurídica, 5ª ed. — 1941 — pág. 132.

3) Sternberg — Introduction a la ciencia del Derecho — Trad. Rovira y Ermengol — pág. 21.

4) Cogliolo — Filosofia del Diritto Privato — 2ª ed. 1891 — pág. 110.

5) Pedro Lessa — ibidem.

ética ou moral. A sanção existe, pois, seja para a inobservância da regra jurídica, seja para a incidência da regra moral.

Na ordem jurídica, a sanção dimana do Poder Público que reprime pela força qualquer violação a suas normas.

Eduardo Espinola doutrina que «daí se vê que a coercibilidade direta, ou indireta, ou antes a possibilidade de se exercer em certa medida a coerção, para a realização da norma jurídica, não pode deixar de ser considerada como um traço característico do direito.» (6)

Na ordem moral, a sanção é a consciência natural e necessária de observação ou violação da lei moral. (7)

Daí se observa, diz ainda Eduardo Espinola, que a «pressão social que se exerce em relação às regras de direito, como expõe Timacheff, é própria das regras jurídicas, não se encontra em nenhuma outra regra ética.» (8)

Assim, conclúe um filósofo que sendo a sanção comum a uma e outra, e como a regra ética precede a jurídica, podemos vêr naquela a origem desta. (9)

Nem de outro modo pensava Le Fur quando afirmava «... le droit est contemporain de l'homme vivant en société. Nous avons qu'il n'y a pas de société sans droit. L'Etat moderne est relativement récent: qu'est-ce que quelques siècles dans l'histoire de L'humanité? Or, le droit existait bien auparavant, non seulement dans la cité antique, que est déjà comme un Etat en miniature.

6) Eduardo Espinola — Tratado de Direito Civil Brasileiro, 1939, vol. I, p. 122.

7) C. Lahr — Filosofia — Trad. Jaspers — 1926.

8) Eduardo Espinola — Ib.

9) R. Raobruich — Introduction a la Ciencia del Derecho — Trad. Luiz R. Siches, p. 9.

«dans les premiers groupements humains, «avant qu'il y ait des parlements ou des «législateurs propement dits. Il existait «sous la forme de coutume, forme primor- «diale du droit qui ne disparaîtra jamais «complettement.» (10)

É certo e inegável, portanto, que o fenômeno **Direito** já se manifestava nos mais primitivos agrupamentos humanos, como força reguladora dos interesses individuais, face ao bem geral, e deste em relação àqueles, até chegar aos nossos dias, com a idéia de **Estado**, significando sempre, quaisquer que sejam as modalidades, fins e funções, a firme determinação dos grupos sociais em achar a linha de equilíbrio nas relações das sociedades e dos homens entre si, ou como define Queirós Lima — a existência de um **governo**, de um **poder de coação**, de uma **autoridade** que mantenha, mediante o emprego da força, o respeito às normas de direito. (11)

10) Le Fur — Précis de Droit International Public — 3^e ed., pág. 13.

11) Eusébio de Queirós Lima — Ib.

II — AS VARIAÇÕES DO DIREITO POSITIVO

As sociedades humanas não são imutáveis na sua estrutura. Os fatos sociais transformam-se, modificam-se sem cessar, ao sabor de influências diversas, tendendo sempre, no conceito de Maritain, a uma ânsia permanente de perfeição ética e moral. (1)

As sociedades humanas não podem, assim, fugir ao conceito de que o equilíbrio é um caso específico do movimento e dimana da lei universal da transformação da matéria.

E, si a ordem é nas sociedades, a linha do equilíbrio, este sofre as influências dominadoras das condições de vida.

Quanto mais a civilização se desenvolve e mais complexas se tornam as relações entre os elementos das sociedades politicamente organizadas, a força do equilíbrio é mantida pelo direito positivo.

E, como as sociedades não estacionam na sua marcha, o direito positivo não poderá quedar-se imóvel, sem acompanhar a evolução dos grupos sociais e manter a sua função reguladora da ordem social, através a organização política do Estado.

Merriam (2), citado por Oliveira Viana, mostra-nos as mudanças que vem sofrendo a sociedade moderna sob a ação do direito positivo, aplicado pelo Estado: — através, por exemplo, da educação, da legislação social, e mesmo das novas doutrinas

1) Jacques Maritain — Elements de philosophie. Iequi, vol. 1, pág. 174.

2) Merriam (C) — The role of politics in social change, N. Y., 1936, pág. 8.

científicas adotadas por ele como a teoria da seleção social; doutrinas que, segundo ele, abriram às sociedades civilizadas, «o caminho de novas terras e novos céus.» (3).

E estas mutações do direito positivo acentuam em nós, a convicção de que o direito, como fato social, é imanente às sociedades humanas e acompanhando a marcha da evolução social, tem profundas raízes na consciência coletiva, tornando-se fator preponderante do progresso, pelo ajustamento dos interesses do grupo social.

Eusébio de Queirós Lima traduz em palavras certas esta variação e adaptação do direito positivo às fases da evolução social, ao afirmar «quando, no «meio social, novas necessidades materiais «e morais da existência humana, conformam-se aos princípios de solidariedade, contrariam a ordem dominante, representada «pelas situações adquiridas, os interesses «em que essas necessidades se traduzem «atravessam situações diversas: passam, «primeiro, por um estado de luta, ora declarada, ora latente; entram, depois numa fase de tolerância, durante a qual, «sob a forma de interesses particulares de «uma classe, de uma casta, correm paralelos aos interesses gerais; finalmente, em «virtude da lei universal de equilíbrio, integram-se na ordem geral, com a vitória definitiva dos interesses mais conforme «aos princípios de solidariedade que representam a forma maior. Essa integração é «acompanhada pela objetivação, pela despersonalização desses interesses que, consistindo, ao começo, em regalias individuais ou privilégios de classe, passam de pois a constituir princípios da ordem ge-

3) Oliveira Viana — Instituições políticas Brasileiras, 2º vol. — 1949, pág. 139.

«ral, condição objetiva da estabilidade dos
«interesses sociais predominantes.
«Nos tempos atuais, com a acentuação dos
«problemas de reivindicação proletária, es-
«tão se produzindo situações perfeitemen-
«te caracterizadas de afirmação de inte-
«resses legítimos, em contraste com a or-
«dem dominante, baseada sobre os dois
«princípios capitais — o *connubium* ou
«relação de família, e o *commercium*, ou
«as relações de propriedade. Desses interes-
«ses, uns estão na primeira fase — de luta
«aberta com a ordem civil; outros, entra-
«ram no período de tolerância, ora sim-
«pática, ora antipática, tais como a deli-
«mitação das horas de trabalho, o direito
«de greve, etc.; outros, enfim, já se fun-
«diram na ordem comum, tais como o di-
«reito de organização de sindicatos, de
«indenização por acidentes de trabalho,
«etc.» (4)

Vê-se quanto o direito positivo evolve, seguin-
do a mesma linha traçada à evolução da própria
sociedade.

A imobilidade do direito positivo seria o ter-
mo das sociedades humanas, ou pelo desapareci-
mento da consciência ética do homem, ou pelo cáos
resultante do rompimento do equilíbrio social. E,
nota-se que todas as teorias que tentam explicar a
origem do Estado, como aplicador da norma positiva,
não podem fugir ao imperioso reconhecimento de
que o direito positivo sofre as alterações que o meio
social lhe impõe.

As mais variadas teorias que tendem a legiti-
mar o Estado, como as da força, a patriarcal, do
contrato social, a histórica, a orgânica, a da sobe-
nia alienável do povo, a do equilíbrio social, e até

4) Eusébio de Queirós Lima, op. cit. pág. 362.

mesmo a teocrática, a da razão humana, servem todas de fundamento de adaptação do direito às diversas fases da vida dos grupos humanos e revelam, assim, que o Estado não faz o direito, e que os preceitos jurídicos são de origem anterior à organização do Estado, revelando a mais profunda penetração da consciência humana na formação do direito, como fato social que evolue constantemente, regulador do equilíbrio de quaesquer mudanças da sociedade humana.

Luis Le Fur podia, de consequência, chamar a evolução do direito uma consciência, que acompanha a marcha do Estado. (5)

E as variações do direito positivo exprimem, por si sós, a vitalidade do direito que, como força imanente na sociedade progride com esta, sob a influência dos mesmos fatores que condicionam a vida dos grupos sociais.

Picard chega a enumerar os fatores da evolução do direito positivo e que a seu ver são os seguintes: a raça, o meio, a intrusão estrangeira, a imitação, os grandes jurisconsultos, o atavismo, a técnica jurídica, a densidade de população, a solidariedade das forças sociais. (6)

È certo que essas variações do direito positivo devem revestir a forma do melhor e maior interesse social, e sabemos que, na realidade, o progresso nas variações do direito positivo não é uniforme e constante. Não raro, há oscilações prejudiciais, recuos e inação. Mas é certo, todavia, que essa ansia de perfeição que anima o ideal do direito logra sempre sobrepujar as dúvidas, as lutas e incertezas da lenta, progressiva e áspera marcha do direito através das sociedades humanas.

Para alcançar esse fim, isto é, para que a elaboração jurídica importe em resultados benéficos,

5) Le Fur — op. cit. — pág. 83.

6) Picard — Le Droit Pur — pág. 238.

impõe-se a utilização dos materiais desentranhados pelas ciências auxiliares do Direito, por forma que a estrutura jurídica, em qualquer época, cerceando a natureza humana nas suas paixões contrárias à sociabilidade, possa, constantemente, acomodar-se aos aspectos novos das sociedades humanas.

III — AFIRMAÇÃO DO DIREITO

A existência do Direito, sua origem imanente na sociedade humana tem seu mais sério inimigo moderno em Isidoro Augusto Francisco Maria Comte. Esse genial sistematizador de conhecimentos escreveu o seu *Cours de Philosophie Positive*, em 6 volumes, de 1838 a 1842 e sua doutrina consiste «em não «se ocupar senão de fatos e das suas relações; os fatos são os fenômenos que só «podem verificar pela experiência; a única «experiência é a dos sentidos; a psicologia é impossível e o conhecimento do «homem reduz-se à fisiologia; as únicas relações entre os fatos cujo estudo seja legítimo são as de sucessão e de simultaneidade no espaço; Comte rejeita o estudo das «relações de causa a efeito e de meio a fim. «Estabelece a lei dos 3 estados: teológico, «metafísico, e positivo; apresenta a sua famosa classificação das ciências abstratas «e ciências concretas, cuja generalidade e «complexidade crescem na razão inversa «uma da outra; reduz a moral ao altruísmo «e nega a idéia do Direito.»

É verdade que, antes dêle, Saint-Simon e Fourier combateram o Direito, com energia e decisão; mas, o mérito de Comte se assenta em que, com sua poderosa e genial sistematização, seus grandes conhecimentos, procurou dar base científica a seus princípios negativistas.

E afirma Comte que «il ne peut exister de droits «véritables qu'autant que les pouvoirs re-

«gouliers émanent de volontés surnaturelles; «dans l'état positif qui n'admet pas de titre céleste, l'idée de droit positif disparaît irrévocablement.» (1)

E continuava o fundador do positivismo, sustentando que «no estado positivo... a idéia do Direito desaparecerá definitivamente...» (2)

Comte, nos intervalos do seu delírio, transformava-se num grande arrumador, num grande catalogador de ciências, num metodizador, tarefa em que se revelou realmente genial; porem, quando quiz crear, caiu na confusão, tombou no mistifório, penerou num baralhamento que é somente compreensível pelos que sabem das suas estações em hospícios de alienados...

Depois dêle, Marx, e Engels, com o socialismo científico e leninismo, constituiram-se os mais sérios negadores do Direito e do orgam de sua aplicação, o Estado: «a posição característica que o Estado e o Direito assumem na concepção «de Lenin da «supra-estrutura», consiste «em que um e outro (e também a religião «completamente identificada com a Igreja) «são a expressão mais pura e completa e o «meio do domínio das classes. Com isso se «exgota todo o seu conteúdo e sua importância. Na sociedade comunista, onde a separação das classes terá deixado de existir, «deixarão, portanto, de existir o Direito, o «Estado e a Igreja.» (3)

É o próprio Engels quem diz: «La société que «réorganisera la production sur les bases «de l'association libre et égalitaire des producteurs transportera toute la machine de

1) A. Comte — Politique Positive, ed. 1890, t. I, pág. 361.

2) A. Comte — Systeme de Politique Positive, vol. I, pags. 361/363.

3) Tristão de Athayde — Introdução do Direito Moderno, 1ª parte — O Materialismo jurídico e suas fontes, pág. 57.

«l'Etat lá ou sera dorévant sa place: au
«musée des antiquités, à côté de rouet e de
«la hache de branze.» (4)

E vae alem o histerismo negativista do materialismo histórico e econômico. Anatol Rappoport pretende vislumbrar a morte certa e inexorável do Direito, e anuncia nas suas palavras repletas de incoerências, o próximo desaparecimento do fenômeno jurídico. Diz êle: «A morte lenta do Direito, não
«só se dará com a eliminação definitiva da
«economia de trocas... Pois Direito sig-
«fica a preservação do individualismo, de-
«fesa do interesse privado, o único que em
«determinado estágio econômico, estimula
«ao trabalho. Com a socialização radical
«dos meios de produção desaparece a for-
«ma jurídica; numa economia racionalmen-
«te construída, o direito, que é, por natu-
«reza irracional, nada tem a fazer.» (5)

E o Padre Ducatillon assim traduz o conceito marxista: «Elle montre (a dialética comunista) la
«caducité de toutes choses, et n'existe pour
«elle que le processus ininterrompu du
«devenir et du transitoire... L'histoire ne
«peut trouver une fin parfait, dans un
«état idéal parfaite de l'humanité; une so-
«cieté parfaite, un «ETAT» parfait sont
«des choses qui ne peuvent exister que dans
«l'imagination...» (6)

É interessante anotar como Tristão de Athayde revela o parentesco doutrinário entre o comunismo e o positivismo, quando afirma: «aliás, não sò-
«mente sob esse aspecto como ainda sob
«outros, é indisfarçável a filiação do mar-
«xismo ao positivismo: o marxismo, como

4) Engels — L'Origine de la famille, pág. 229.

5) Anatol Rappoport — Die marxistische Rechtsauffassung, pág. 41 apud Tristão de Athayde, op. cit. pág. 58.

6) R. P. Ducatillon — Le comunisme et les crétiens, pág. 70.

«doutrina social e jurídica é uma parte da-
«quele grande movimento intelectual, que
«encontra em Augusto Comte as suas ori-
«gens histórico-filosófica mais marcantes.
«É a concepção sociológica que revelou um
«novo ponto de vista, entre outros, tam-
«bem no Direito.» (7)

Ainda temos como representantes da escola que sustenta a ilegitimidade do Poder e do Direito: Proudhon, Kropotkine, Bakounine, Eliseu Reclus, Jean Grave e Sebastião Faure. Estes, ao contrário dos socialistas, negam que a propriedade privada seja a causa principal e única das misérias humanas, mas sim o Direito, traduzido no Poder social, como seu único sustentáculo dessas e de todas as outras.

«Tomai ao acaso, diz Sebastião Faure, um, «cem, mil homens, ricos e pobres, patrões e «operários, comerciantes e proprietários e «não achareis um só que não se queixe de «uma lei, de um regulamento, de um abuso, «e que não se pretenda vítima de alguém «ou de alguma cousa, que não esteja, enfim, «convencido que a legislação precisa de ser «reformada.» (8)

Não há quem não conheça a famosa conclusão de Proudhon: «a idéia econômica do capital, a idéia «política do governo ou da autoridade, a «idéia teológica da Igreja são três idéias «idênticas e reciprocamente convertíveis: «atacar uma é atacar a outra. O que o ca- «pital fez sobre o trabalho e o Estado so- «bre a liberdade, a Igreja opera-o, por sua «vez, sobre a inteligência. A democracia é «a abolição de todos os poderes, espiritual, «temporal, legislativo, executivo, judiciário

7) Tristão de Athayde, op. cit. pág. 14.

8) Sebastião Faure — La Douleur Universelle, pág. 62.

«e proprietário. A verdadeira forma de governo é a Anarchia.» (9)

Dizem, em síntese, os negadores do Direito: a filosofia, que sabe a organização social não é senão uma síntese das condições políticas, econômicas e morais, tira desta constatação, as conclusões seguintes: que o problema social não devendo ser resolvido somente por alguns, nem pela maior parte, mas por todos, não pode ser questão daquilo que contraria tal indivíduo, tal corporação, tal coletividade; que se em toda a legislação não há um só artigo que não se oponha à felicidade de alguém, é necessário suprimir, não uma parte mas a legislação inteira. As mil manifestações da vida têm por ponto de partida 2 atos conduzindo a resultados quasi idênticos, evitar um sofrimento e conquistar um prazer; êles emanam de um apetite que se pronuncia, e a felicidade, não obstante as suas múltiplas formas, está unicamente na satisfação de uma necessidade de que se resente o nosso «eu». Isto é de tal modo verdadeiro que si uma criatura tiver fome, sede ou sono, e eu me opuzer a que ela satisfaça uma dessas necessidades, ou condenar a imobilidade de um homem desejoso de mover-se, este último será, com razão, considerado uma vítima, e eu justamente tratado de carrasco. É de toda evidência que o indivíduo, sendo anterior à sociedade, pois esta é o número, aquele a unidade, a felicidade social ou coletiva será matematicamente determinada pela felicidade individual; e para que a alegria se espalhe no seio de uma coletividade humana, é necessário que ela se manifeste em cada personalidade. Os homens não se constituíram em sociedade senão levados pela necessidade de combater os flagelos naturais, de se unirem para produzir mais e melhor, de praticar essa tendência invencível à sociabilidade, que é o ponto de partida de toda agregação, em uma palavra, para tirarem vantagens dessa associação.

9) Proudhon — Confissões de um revolucionário, pág. 37.

Daí, deve-se concluir que é racional ou normal, todo o organismo social, no seio do qual, longe de sacrificar-se, o ser humano se desenvolve e aumenta seu bem estar; ao contrário, ilógica, incoerente e criminosa é a organização que, opondo-se ao bem estar de seus membros, reduz, cada vez mais, a sua parte de felicidade. É forçoso, porém, admitir que a nossa organização repousando inteiramente sobre a supremacia de uns e a submissão de outros, não pode conduzir à realização da primeira hipótese. Mas, esta objeção é refutável, enquanto temos em vista uma sociedade autoritária, e a prova mais simples e mais significativa que felicidade e autoridade são dois termos que representam duas ordens de idéias ou dois fatos inconciliáveis, que toda união entre eles é impossível pela incompatibilidade de seus caracteres respectivos; que é preciso, portanto, pronunciar-se por este ou por aquele sem optar em favor de um, senão renunciando definitivamente ao outro. Ser pela autoridade e a dôr universal contra a liberdade e felicidade para todos, ou bem pela liberdade universal contra a autoridade e a dôr para todos, tal é a alternativa.

É desnecessário acentuar o que há de quimérico na teoria anarquista e faremos, oportunamente, a crítica da mesma.

Pontes de Miranda, nos traz seu testemunho quando afirma que «ainda recentemente, os russos «deblateraram contra o Direito, que reputa-
«vam ópio do povo, mais venenoso e estupe-
«faciente, confundindo o Direito e o direito
«existente, o Direito e o jurista, sem atinar
«em que, visto pelo político, o Direito é neces-
«sariamente estável, porque é fixação de fa-
«tos políticos ou econômicos mais estáveis,
«e, errando em supor mais estabilizador o
«processo jurídico que o da religião. . . Tam-
«bém os Estados nacional socialista e fá-

«cista destroem um direito para colocar outro em seu lugar.» (10)

Poderíamos remontar mais longe, antes de refutar o alicerce frágil dessas afirmações. E, de relance, poderemos ainda dizer que os cétricos sustentavam carecer o Direito de fundamento pois apenas exprime «a autoridade e a força.»

Refere Giorgio del Vecchio (11) que Archelau, filósofo da Escola Jônica, discípulo de Anaxágoras, dizia: — «O Direito não existe por natureza, mas apenas por virtude da lei.»

Outras inúmeras filosofias, como o realismo, o historicismo, o utilitarismo e muitas outras que seria longo enumerar, negam a idéia do Direito.

Ê tudo, porém, em pura perda. A idéia do Direito nunca deixará de existir no espírito do homem. Tinha razão o emérito Professor Netto Campelo quando dizia: «O direito é um puro conceito do espírito, mas a sua manifestação realiza-se no mundo exterior, na vida social. A idéia de sociedade é uma idéia complementar do direito, que é a vida mesma dos povos e dos indivíduos!» (12)

E já Ihering nos dá conta de que «a conservação da existência é a suprema lei da criação animada, porquanto ela se manifesta instintivamente em todas as criaturas; porém a vida material não constitue toda a vida do homem; tem ainda que defender sua existência moral que tem por condição necessária o Direito: é, pois, a condição de tal existência que êle possui e defende com o Direito.»

10) Pontes de Miranda — Comentários a Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937, t. I, págs. 100, 101, 103, 104.

11) Giorgio del Vecchio — Lição de Filosofia de Direito — Trad. Dr. António José Brandão, pág. 260, ed. 1948.

12) Netto Campelo — Direito Romano, 2ª ed., vol. I, pág. 105.

E continua o notável filósofo: «Esta energia da «natureza moral, que protesta contra o atestado dirigido ao Direito, é o testemunho «mais belo e o mais elevado que se pode «dar ao sentimento legal: é um fenômeno «moral tão interessante e instintivo para a «observação do filósofo como para a imaginação do poeta.» (13)

Pontes de Miranda afirma que o «Direito é criação social», e acrescenta que «processo adaptativo «estabilisante, fixador, o Direito será sempre o mesmo, como é sempre o mesmo o «oxigênio que há na fruta, no ar, na água; «ele é o mesmo e pesa o mesmo.» (14)

Não se poderia mesmo admitir uma sociedade humana sem condições para a co-existência do Direito, pois seria conceituá-la fóra do âmbito sociológico.

Fenômeno social que é, o Direito é resultante da elaboração social e é tão indispensável, tão irremovível e fundamental como o processo religioso ou moral.

E, sem embargo das constantes variações da norma jurídica adaptando-se às contingências sociais — o Direito, pelo processo de sua elaboração social, pertence ao domínio «do que é». (15)

E não foi sem razão que Miguel Reale sustentou: «... pois, o Direito, se não é apenas norma, «também não é apenas conteúdo social; é, «ao contrário, síntese de matéria e forma, «integração do que é e do que deve ser, ou, «como escrevemos em nosso livro sobre os «Fundamentos do Direito, este é a síntese «de ser e de dever ser, exigindo uma compreensão unitária da realidade histórico-so-

13) R. Von Ihering — A luta pelo Direito, Trad. José Tavares Bastos, ed. 1910, Porto, pág. 22 e 57.

14) Pontes Miranda, op. cit. pags. 77/78.

15) Pontes Miranda, op. cit. pág. 17.

«cial, de maneira que o elemento lógico for-
«mal seja apreciado no sistema dos valo-
«res de uma cultura.» (16)

Os inimigos do Direito partem de um princípio falso: a identidade dos interesses individuais, e reclamam a supressão do poder social; o socialismo, sustentando o contrário, isto é, que a liberdade de especulação conduz fatalmente à opressão do mais fraco pelo mais forte, conclue que é preciso crear obstáculos à iniciativa individual e estabelecer a tirania dos monopólios pelo Estado, expressão do Direito.

Ambos pecam grosseiramente. O Estado, como aplicador do Direito, tem atribuições necessárias que não podem ser abandonadas ao indivíduo, outras que, conforme as circunstâncias, podem ser confiadas aos particulares. O melhor sistema é o que tende a deixar ao indivíduo a maior soma de liberdade possível, sem crear obstáculos à ação do Poder social, no exercício das atribuições necessárias, e dentro da norma ética do Direito, como regulador das relações dos grupos humanos.

Os fenômenos sociais, como a Moral, a Religião e o Direito constituem o que a natureza humana tem de mais irreductível, e por isso Cousin, citado por Jean Cruet dizia que «— é um fato também, e um
«fato incontestável que aos olhos dos ho-
«mens o fato é tudo e que a idéia do direito
«é uma idéia universal.» (17)

O Direito é assim, a sensibilidade espiritual da Humanidade e enquanto esta existir na terra co-existirá o Direito.

16) Teoria Geral do Direito e do Estado — Miguel Reale, pgs. 10/11.

17) Jean Cruet — A vida do Direito e a Inutilidade das Leis — 1908, ed. Bertrand pág. 334.

CAPÍTULO II

I — O Estado. Conceito e funções.

II — Conceito de Constituição.

I — O ESTADO E SUAS FUNÇÕES

Estudar o Direito à luz da sociologia é indicarlhe o lugar que lhe cabe no conjunto dos fenômenos, pois o Direito é uma das formações sociais e por isto mesmo, é forçoso analisá-lo sob o prisma da ciência que pretende determinar as leis gerais que presidem a organização e desenvolvimento das sociedades.

A introdução ao Código Civil, que, no dizer abalísado de seu codificador (1), «não é uma parte com-
«ponente do mesmo; é por assim dizer, uma
«lei anexa. . .»

diziamos, a própria Lei de Introdução do Código Civil, determinando que o intérprete recorra aos princípios gerais de Direito para sua compreensão e preenchimento das lacunas, exige tão amplos estudos de condições diversas que esta sistematização e ordenação só poderão ser atendidas pela sociologia que as estudará com segurança e firmeza.

E sendo o Direito um fato social dos mais notáveis não poderia deixar de ser atingido pelos estudos da Sociologia, pois entre os atos sociais destacam-se os jurídicos e os políticos, ao lado de outros menos complexos.

Eis porque se torna imprescindível que não penetremos no estudo do Direito sem que adquiramos, primeiro, as noções gerais de Sociologia. Todas es-

1) Clóvis — Cod. Civil — 2ª ed. vol. 1º pág. 87

sas noções ainda não estão definitivamente fixadas, mas em sua importância já são em número tal que constituem um corpo de doutrina que se irá depurando e consolidando, à medida que os investigadores forem dominando a complexidade dos fenômenos sociais.

Mas, se o Direito é um fenômeno social, será lícito considerar o Estado órgão de direito, idêntico à sociedade, organismo onde se produzem outros fenômenos sociais: os econômicos, os religiosos, os artísticos, os científicos, os morais? Parece-nos que sim. Sociedade e Estado, no rigor de linguagem sociológica, são expressões equipolentes, são conceitos idênticos.

Tudo depende, naturalmente, da idéia que formarmos de Estado e de Sociedade. A sociedade, ordinariamente, anda ligada ao Estado que a organiza em Nação; mas, não somente a idéia de Sociedade é mais extensa do que a de Estado, como, ainda é diferente. É mais extensa porque compreende agrupamentos humanos a que não se aplica o conceito de Estado: a sociedade humana, as sociedades particulares, a sociedade das nações. São exemplos de agrupamentos humanos a que, manifestamente, não convem a denominação de Estado. É diferente, porque a idéia fundamental de sociedade é a de agrupamento para a realização de fins comuns, de cooperação dos associados; e a idéia fundamental de Estado é a de organização de autoridade para manter o equilíbrio dos interesses pela aplicação do Direito.

É esse ponto de vista de Ihering, que tenho por verdadeiro. O Estado é a organização das forças coativas da sociedade, e essa coação se opera no sentido da conservação e do desenvolvimento da sociedade.

Contra esse modo de ver não procede a objeção de que não havendo Estado sem Sociedade, as duas

palavras traduzem o mesmo conceito; porque, se o Estado organisa, política e juridicamente, a Sociedade, não pode existir sem ela; mas, por isto mesmo que a organisa, presuppõe outros elementos a que dá organização.

As indústrias, o comércio, as artes, a ciência, a religião são formas da atividade social, mas não formas da atividade do Estado, cuja função é assegurar-lhes a vida e a expansão, segundo as normas creadas pelo interesse geral.

Pontes de Miranda doutrina que o «Estado supõe duas ordens jurídicas: uma, a em que ele se banha, lhe colore a periferia, e lhe dá — a rigor — o nome (Direito das Gentes); a outra, a que fica dentro dele (e não é só dentro do seu território, porque as dimensões sociais não são só as geográficas) e constitui o ordenamento jurídico da conduta humana ligada a cada Estado (Direito interno). (2)

Duguit entende que a existência de uma diferenciação política, em determinada sociedade humana, por si só, já denuncia a presença do Estado,

2) Diz o mesmo jurista: O Estado é ordem normativa; porem, antes, é ele conceito de uma ordem normativa superior a ele. Bastaria que existisse um preceito, por mínimo que fosse, entre o Estado (e não há prova de momento em que não existisse algum deles), para que se tivesse de conceber o Estado como periferia envolvida pelo Direito das gentes, mergulhada na ambiência jurídica de que os preceitos ou o só preceito seria sinal evidente. Ora, tudo mostra, na História, que os Estados se caracterizam por atuações de fora — os dedos do escultor não fazem a platina, mas o vaso é obra deles. O dado real, sobre que se apoia o Direito das gentes, para dizer «esta comunidade é Estado», «aquela comunidade não é Estado», «aquele deixou de ser Estado», é a substância, a matéria e a forma, que a comunidade dos Estados, ainda quando estava *in fieri*, reputa necessária e suficiente para a personificação. Fora daí, o conceito de Estado só será sociológico porquanto transcendente ao Direito, ou próprio do Direito interno, para nomear o vaso que o contem e lhe dá validade.

Essencial ao Estado é a coparticipação ativa na ordem normativa, que, sob o influxo de certas circunstâncias ou de doutrinas — por vezes se reveste de «excessos» subjetivistas (vontade do Estado). O querer do Estado é elemento que, se existe (metafóricamente, não há duvida), em certos períodos é maior ou menor, e evoluciona para *minimum* de imperativo e *maximum* de indicativo, do quasi-tudo de mando para o quasi tudo de organização e técnica.

êste entendido, é bem de ver, no seu sentido mais geral. (3)

Em que consiste, então, o fenômeno da diferenciação?

Em toda sociedade humana, mesmo nas mais rudimentares, observa Duguit, pode-se perceber a existência de indivíduos que parecem comandar outros indivíduos. Está aí, portanto, embora reduzido aos seus elementos mais simples, o fenômeno da **diferenciação política**: indivíduos que **comandam, os governantes**, e indivíduos que se submetem a execução das ordens dos primeiros, **os governados**.

O Estado seria, assim, a Sociedade em que a **diferenciação política** atingiu determinado grau de evolução. Por isto «o Estado é a força a serviço do Direito.»

Tristão de Athayde (4) ensina que o Estado não é um **fim** nem um **princípio**. Isto é, nem justifica, por si mesmo a sua existência como finalidade natural de outros seres ou grupos. Nem, por outro lado, é a fonte, o princípio de que decorram quaisquer direitos à existência de uns e outros.

O Estado em última análise, observa ele, é um meio, cuja existência só se justifica, pelo fim a atingir. E esse fim é justamente o de facilitar a cada homem a obtenção de seu fim particular. A função primordial do Estado, portanto, é garantir a cada homem, na ordem temporal, a realização de sua natureza humana.

Guido Gonella (5) admite apenas para o Estado a função de **servir**. Servir para renovar a vida política, de acordo com o espírito cristão, e aponta

3) Duguit — L'état, le droit objectif et la loi positive, 1901, pgs. 10 e segs.

4) Tristão de Athayde — Política — 1932 — pags. 76/77.

5) Guido Gonella — Bases de uma ordem social — Edit. Vozes, Rio, pag. 122.

3 fins essenciais ao Estado: 1º — servir à sociedade; 2º — servir ao bem comum; 3º servir à pessoa, a qual é a razão e fim de toda a sociedade e de todo o bem comum.

Filiam-se os dois últimos tratadistas à escola de Santo Tomás de Aquino para quem o «Estado tem como missão imediata fazer com que os cidadãos sejam conduzidos a uma vida verdadeiramente boa, isto é, virtuosa.» (6)

De modo geral, todos os tratadistas consideram que (7) o direito é uma idéia de harmonia e equilíbrio social e este equilíbrio só se pode tornar efetivo pela ação disciplinadora da lei, cuja execução deve ser assegurada pela força coercitiva do Estado.

Entendemos, porém, para que possamos perceber a noção de Estado, teremos de recuar à de Direito que, por sua vez, não poderá ser compreendida sem que remontemos à noção de Ética. Esta é a «ordo et connexio rerum.»

Para atingirmos esta finalidade, aduziremos alguns conceitos sobre a Ética em geral. A nossa consciência subsiste enquanto ao sujeito se opõe um objeto. Este duplo aspecto que poderemos dizer bipolar, do ser (isto é, do conteúdo de toda a consciência) resolve-se num paralelismo transcendental por isso que toda realidade é referível igualmente a um e outro daqueles princípios. Não se trata já de dividir a realidade em duas partes, sujeito e objeto; isto poderia parecer verdadeiro com uma observação empírica e, não faltam, como é sabido, tentativas de construções filosóficas neste sentido. Mas tais construções, examinadas criticamente, revelam-se defeituosas e inadequadas. Sujeito e objeto não

6) Santo Tomaz de Aquino — pelo Prof. Dr. M. Grabmann, Colecion Labor — 1930 — Barcelona — pg. 142.

7) T. Cavalcanti — Trat. de Direito Administrativo, vol. I — 1942 — pag. 455.

são «cousas» ou matéria, mas sim critérios transcendentais, quer dizer, pontos de vista necessários.

Ao considerar nossas ações nos é sempre possível referi-las com igual razão à realidade objetiva (como fenômenos da natureza, sujeitos portanto às leis da própria natureza) e a subjetividade de que emanam.

Esta subjetividade que é em nós suprema certeza, e chancela, como indeclinável presuposto, de todas as nossas extrinsecções teóricas e práticas, faz-nos verdadeiramente participar doutro mundo diverso do da natureza objetivamente considerada: Quando nós falamos duma «nossa natureza» entendemos justamente referir-nos a um princípio de ordem subjetiva que transcende a natureza do sentido físico.

Surge, então, o sujeito, o problema prático ou ético, problema, que, manifestamente, não teria qualquer sentido em relação a um objeto. O sujeito deve agir a cada momento, isto é, deve em qualquer modo manifestar-se ou extrinsecar-se o seu ser. E pois que o agir numa ou noutra maneira depende, indubitavelmente, do próprio sujeito, ele não pode deixar de procurar para as suas ações uma regra, regra que lhe é oferecida diretamente pela sua própria consciência, ou também, reflexamente, pelas sugestões, mais ou menos conformes das consciências alheias, com as quais a dele está em comunicação.

Qual seja o conteúdo e o valor desta regra (que podemos também chamar critério ou princípio ético) se é uma ou múltipla, constante ou mutável, fundada no ser intrínseco do sujeito ou a ele imposta de fora, são tudo questões que, com outras conexas formam assunto da ética como disciplina filosófica. Não nos demoraremos neste particular. Lembramos, apenas que só é admissível um tratamento empírico de tal matéria desde que se observe **o modo efetivo de comportar-se dos indivíduos e dos povos, quer dizer, os seus costumes e paralelamente o fato das**

enunciações de preceitos e normas do agir, independentemente do seu valor.

É claro que sendo objetivo da *Ética* dirigir o agir, deve ela pôr uma ordem e uma hierarquia, no contraste dos diversos motivos que agitam a alma, e portanto, a vida humana. Esta ordem deve possivelmente ser tal que permita ao homem desenvolver harmonicamente todas as suas potências e aptidões fórmula que poderia também valer como princípio ético si não ficasse por esclarecer em que consiste precisamente tal harmonia.

Nenhum motivo, por si, singularmente considerado pode ser suficiente para dar norma à vida humana. Esta insuficiência é já em certo modo provada pela crítica que bastante facilmente pode fazer-se dos sistemas que tomaram como base da *Ética* um ou outro motivo, como o egoísmo, a sensibilidade, a compaixão, etc.

Considerando mais a fundo a natureza humana, vê-se que não é nesta ou naquela tendência empiricamente observável que consiste a sua íntima essência e a sua lei suprema, mas sim no que constitui propriamente a subjetividade, isto é, na qualidade de princípio absoluto que transcende todos os dados e toda a realidade, e imprime a esta realidade o próprio cunho. Mas, isto tem justamente por condição o superamento daqueles motivos de ordem empírica, pelos quais o ser subjetivo aparece ligado ao mundo da experiência como uma parte determinada dele.

O valor absoluto da subjetividade ou personalidade afirma-se na consciência deste caráter transcendente, que significa pertença a outro mundo: o mundo das idéias universais, em que justamente o «eu» celebra a sua verdadeira natureza e encontra o seu próprio reino. O mundo da natureza aparece, a esta luz, transfigurado, como um reflexo e uma dependência daquele mundo ideal que se centraliza, por assim dizer, no «eu».

A verdade é que o princípio ético impõe uma «afirmação» da personalidade própria e alheia, no seu fundamento comum. Portanto, impedir em si ou noutrem o desenvolvimento do espírito, que é universal por sua natureza, nunca poderia corresponder uma verdadeira universalidade. O respeito e a elevação da essência espiritual da pessoa constituem, portanto, o conteúdo próprio do princípio ético.

Uma vez que, por outro lado, o ser humano está ligado ao mundo da natureza, a máxima enunciada não deve ser entendida na sua méra abstração, mas deve ser integrada, em vista, exatamente da complexidade do ser humano.

Este consta, realmente, de espírito, mas, ao mesmo tempo de corpo, e tem condições múltiplas de vida, com instintos, necessidades, tendências e aspirações muitas vezes contrastantes entre si. Daqui resultam sempre novos problemas para cuja resolução uma simples fórmula seria demasiado esquemática, unilateral e inadequada.

Aquela regra serve, no entanto, para designar o critério hierárquico que torna possível a harmonia referida acima.

Ao desenvolver as próprias aptidões, ao conseguir e manter com longo trabalho aquele equilíbrio em que consiste propriamente a vida, o homem deve sobretudo «salvar a própria alma», isto é, guardar intacta e afirmar praticamente a universalidade ideal do próprio ser. Em cada uma de suas ações deve, portanto, trazer o cunho daquele caráter que lhe garante a autonomia e a paz da própria consciência.

Daqui a subordinação do prazer ao dever, da paixão à razão, do corpo ao espírito, do egoísmo ao amor do próximo, para usar termos que pertencem à linguagem comum do povo, mas que tem, ao mesmo tempo, um profundo significado filosófico. Daqui a proibição expressa em inúmeras normas de

tudo quanto signifique excesso, perturbação ou desequilíbrio, mesmo na existência física, uma vez que esta é uma condição da atividade e da elevação espiritual.

Daqui, ainda, a obrigação para cada um de marcar a si mesmo uma própria missão na vida, no campo de trabalho mais correspondente à aptidões próprias, para atingir aí a maior perfeição possível; e, este esforço voluntarioso e constante para o melhor, mesmo nas cousas mais humildes, é a verdadeira e única nobreza moral.

No princípio ético, assim traçado, sumàriamente, está implícito um elemento que já se nos mostrou, mas, que merece ainda um relevo especial: queremos referir-nos à obrigação do sujeito reconhecer a subjetividade alheia. Isto é uma necessidade ontológica, pois doutra forma não se daria o superamento da individualidade emotiva e a sua elevação ao universal que é justamente o fundamento da Ética.

O carater absoluto da pessoa torna-se realmente fundamental nas relações entre vários sujeitos, cada um dos quais tem uma pretensão de ser reconhecido com tal qualidade, e, respetivamente, uma obrigação correspondente em face doutrem. Esta norma fundamental traduz-se e reflete-se consequentemente numa série de normas, igualmente bi-laterais, isto é, composta de pretensões e obrigações cor-relativas, todas respeitantes aos elementos e aspectos da vida da pessoa e a todas as suas possíveis atividades.

Desenha-se, assim, sobre a mesma base que é própria da Ética subjetiva um sistema de ética intersubjetiva. Um e outro sistema encontram-se real e lógicamente, e constituem pròpriamente um só todo, não sendo mais do que dois modos diversos de considerar e regular o agir humano. Resumidamente, podemos chamar ao primeiro **Moral**, e ao segundo **Direito**.

Com isto nos conformamos também ao uso comum e é preciso advertir que só por convenção a palavra **Moral** é usada em sentido mais restrito do que **Ética**, quando, como é sabido pelas respectivas raízes, as duas expressões deveriam ser equivalentes.

Sob aspéto lógico, ou seja, como conceitos universais, as duas espécies de avaliações e regras práticas distinguem-se porque a primeira impõe ao sujeito o dever dum comportamento determinado, e consequentemente, o dever da omissão de todo comportamento diferente, e a segunda, atribue a um sujeito uma faculdade de pretender ou de exigir, e só correlativamente a ela impõe a outrem uma obrigação.

A primeira forma (moral) é portanto unilateral e resolve-se inteiramente em afirmar necessidades deontológicas, ignorando em rigor, a categoria do permitido; a segunda, (jurídica) é essencialmente bi-lateral e resolve-se em duas séries complementares de obrigações e permissões.

Em virtude desta diversa estrutura lógica, a moral considera e avalia o agir sob o ponto de vista da consciência do sujeito, isto é, do interior, dando a prevalência ao elemento psíquico das ações: o direito, ao contrário, considera e avalia sempre conjuntamente o agir de vários sujeitos, de forma a instituir entre eles uma relação, eis que não há direito sem relação jurídica.

O direito, por isso, mira essencialmente a fixar o ponto de encontro dos comportamentos possíveis de várias partes ou seja o limite das exigibilidades recíprocas; e porque tal modo de encontro cae necessariamente no mundo físico, o direito olha primeiramente ao elemento físico das ações e deste, ou seja, do externo, sobe ao mundo psíquico ou interior. Resolve-se, assim, se não estamos errados, a vexatíssima quaestio das relações entre moral e o direito: isto é, não no sentido defendido por muitos e até sumos filósofos, de que a moral julga só as inten-

ções ou os motivos, e o direito, ao contrário, prescinde deles; mas sim no sentido de que tanto a moral como o direito compreendem integralmente as ações humanas nos seus dois elementos constitutivos, mas partindo de pontos de vista diversos e até opostos.

Daqui se deduz também a exata determinação de termos procurado definir os caracteres das duas formas universais da Ética. Por elas, e só por elas um único princípio ou critério supremo de agir se torna possível e aplicável a todas as relações da vida individual ou social.

Podemos até afirmar, com suficiente aproximação, que nos costumes e nas leis dos vários povos se refletem não só as imutáveis formas da avaliação ética, mas também, em certa medida, o conteúdo intrínseco do princípio supremo, que só a uma consciência «toda desdobrada» se evidencia plenamente na sua pura luz. Desvios, mesmo graves, são certamente possíveis na história e as suas contingentes atestações não se confundem com a ordem dos valores.

Critério supremo do bem e do mal, do justo e do injusto, não é o que tenha agradado ou agrade estabelecer a um legislador, a uma assembléia ou a uma multidão de qualquer espécie, ao passo que semelhantes deliberações são objeto de avaliação à luz daquele critério. Mas isto não deve impedir-nos de reconhecer que, vistas no seu próprio fim mais do que nas manifestações superficiais, as atestações da consciência dos povos, tais como se concretizam na sua moral positiva e no seu direito positivo, confirmam o que a razão pura deduz.

A positividade, relativamente à moral, manifesta-se nos costumes que exprimem, em práticas, as persuasões dominantes, tanto nas regras como nos juízos que se formulam conforme aos próprios costumes. Deriva daqui uma sugestão ou pressão considerável sobre o arbítrio individual, e observou-se

muitas vezes que esta pressão, a chamada «sanção» da opinião pública, não é praticamente menos autorizada nem menos eficaz que a outra sanção especificamente própria do direito. Não se requer, porem, no campo da moral, órgãos criados expressamente para a aplicação de suas normas, nem, ele, em rigor são possíveis, justamente por causa do caráter **subjetivo** de tais normas que devem fazer-se valer diretamente sobre a consciência de cada sujeito.

O caso muda inteiramente de feição quando se passa da moral para o direito. Sendo as normas deste **intersubjetivas**, a vontade que as dita e as põe em vigor tem e deve ter um caráter superindividual; isto é, não coincide, ou pelo menos, não é necessário que coincida com alguma vontade individual, e nem representa um feixe de vontades paralelas.

Assim, enquanto a moral, mesmo positiva, vive no estado difuso e exerce a sua atividade sobre os homens consociados, sem necessitar especiais estruturas e articulações, o direito positivo, isto é, aquele efetivamente aplicado e aplicável numa qualquer convivência, organiza-se concretamente como expressão reguladora com aparelhos e institutos próprios. As normas jurídicas, compondo-se na unidade de um sistema são, em certo modo, subjetivadas, ou seja, referidas como seu centro comum, ao sujeito daquele querer preponderante. Este, não podendo identificar-se com alguma pessoa física, representa, necessariamente um ente **sui generis**, indivisível, e no entanto real, como é real o comando que dele emana. É este numa palavra o Estado. A sua noção emerge, assim, dum exame, embora rápido, de positividade do direito, pois, que, exatamente, esta positividade se resolve no certo ponto de seu processo, na **estatalidade**.

Daqui se deduz, bastante claramente, porque nos parece o Estado dotado, segundo as costumadas fórmulas dos juristas, dos caracteres da «personalidade jurídica» e da «soberania». Deduz-se também por-

que é que é difícil conceber-se um Estado «não positivo», ao passo que, ao contrário, na sua essência lógica se distingue nitidamente da sua positividade.

É bem verdade que se supomos constituída uma ordem jurídica em que seja constantemente reconhecido pela vontade social predominante, ou melhor, unânime, o princípio deontológico do direito na sua absoluta pureza, teremos a imagem de um «Estado justo» ou «perfeito». Não faltam, como é sabido, construções especulativas dessa espécie; e a taes construções não se pode negar um certo valor. Mas, elas nada acrescentam de essencial ao que é já expresso pelo princípio deontológico do direito, isto é, pela idéia de absoluta justiça; antes, supõe atingida a sua efetivação por meio de um determinado organismo, que é infelizmente só hipotético.

Nem a hipótese basta para dar vida àquela concreta vontade dum ente superindividual em que consiste propriamente um Estado.

Nenhum traço de ceticismo se encontra nestas considerações, das quais resulta até confirmada aquela ordem de valores ideais que acima procuramos definir. A positividade do direito, como a da moral, não se confunde com a sua idealidade. Há, numa e noutra forma, uma lei absoluta que vigora deontologicamente sobre a esfera da realidade empírica. Nem seria logicamente correto admitir tal relação transcendental para a moral, negando-a para o direito, pois uma e outra têm o mesmo fundamento e a mesma natureza. A moral positiva, com as suas notas de relatividade e mutabilidade segundo os povos e os tempos, vigora e afirma-se historicamente, refletindo com maior ou menor aproximação, o princípio da moral absoluta. Análogamente, o direito positivo, cuja relatividade e historicidade aparecem pelas ditas razões ainda mais evidente, pode e deve ser confrontado com o princípio ideal do direito, como critério de valor absoluto.

Se o Estado é o órgão do Direito, e precisamente o centro e o sujeito dum sistema jurídico positivo, não há dúvida de que êle também, como o sistema que nele se personalisa, está sujeito deontologicamente àquele princípio ideal, ou seja é sujeito às avaliações fundadas sobre aquele critério. Só quem renegue a validade transcendente da Ética e confunda mais ou menos conscientemente o fenômeno com a idéia, o fato com a norma, a força com o direito, pode atribuir a cada Estado existente, só porque existe, uma absoluta razão e um imanente valor ético.

A crítica filosófica dissolve semelhante estalatria enquanto atribue e reivindica para o Estado a sua missão própria, de cujo cumprimento, somente ele pode obter uma superior consagração da sua autoridade. Tal missão consiste na realização da justiça, ou seja daquela suprema lei que nenhum arbítrio pode suprimir, que esplende e impera em todas as consciências e impõe a todos o respeito da sacra dignidade de ser humano.

Nem se creia que estas fórmulas compreendem só a individualidade na sua abstração. Ao contrário, compreendem-na também em todas as suas determinações concretas e designadamente naquelas que acompanham necessariamente o surgir e o desenvolver-se da pessoa. Tais são os vínculos de parentesco que une o indivíduo à Nação.

Esta é a síntese dos elementos elaborados com secular trabalho e que dão a cada indivíduo um certo cunho espiritual. isto é, a plenitude e concretização da sua vida, da sua lingua, tradição histórica, tipo de cultura e de educação; daqui resulta, entre o indivíduo e seus co-nacionais passados, presentes e futuros uma série de direitos e deveres e que também merecem o nome de «naturais», e que esperam do Estado reconhecimento e tutela, assim como os que derivam da geração em sentido estrito. Um Estado que não corresponda à Nação é um Estado im-

perfeito; um Estado que não defenda e promova justamente o carater nacional é um Estado ilegítimo. Daqui se vê, sob outro aspecto, o paralogismo em que incorrem os que, julgando realisar uma obra «supernacionalista» atribuem a cada Estado, existido ou existente, só porque tal, um carater e um valor que sòmente pode derivar da sua conformidade com um alto ideal.

De tudo isto resulta que se não pode ter uma plena e verdadeira noção do Estado se não se tiver distinguido criticamente o direito ideal do positivo, e esta distinção não é possível, sem um fundamento igualmente crítico, dos valores éticos em geral.

II — CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A Constituição é um instrumento de que a sociedade se utiliza para seus fins de progresso e de ordem, uma construção plástica e dinâmica cujo texto deve ser permanentemente vitalizado pelos influxos das realidades sociais e que vão pedir à observação dos fatos presentes e aos dados estatísticos o sentido dos textos constitucionais.

(Corwin, citado por Oliveira Viana, in NOVOS METODOS DE EXEGESE CONSTITUCIONAL)

As duas grandes guerras que assolaram o mundo, a par das profundas modificações sociais e científicas que alteraram a fisionomia da moral convencional e da produção, carreou imensas transformações no campo do direito constitucional e no papel do Estado face às leis supremas que lhe traçavam as normas e diretrizes.

Releva notar, no entretanto, que sem embargo dessa verdadeira revolução jurídico-social, não foram abalados os fundamentos democráticos dos Estados, e para elaboração desses diplomas supremos nunca se dispensou a obra e a assistência dos técnicos do Direito.

«A Constituição de cada país, escreve Mir-
«kine — Guetzevitch, em cujas obras nos
«inspiramos, é sempre um compromisso en-
«tre as tradições políticas existentes e o di-
«reito constitucional geral que, na ciência
«jurídica, tem o instrumento de sua defini-
«ção e redação. O direito constitucional ge-
«ral não é imutável; modifica-se de acordo
«com as idéias e os fenômenos políticos da
«vida. É intimamente ligado ao ideal demo-
«crático, não porque os teóricos do direito
«sejam ou hajam sido sempre democratas,

«mas, porque a democracia, na linguagem «jurídica é o Estado de direito, é a racionalização jurídica da vida. O pensamento jurídico conduz à democracia, como única forma do Estado de direito. A democracia realisa a supremacia do direito. Eis porque o «direito constitucional geral é o conjunto «das formas jurídicas da democracia, do Estado de direito.» (1)

É a doutrina da racionalização do poder, a expressão tida como bárbara e que veio da Alemanha através da grande crise econômica que, já na primeira guerra, assaltou aquele País.

Em que pese esta circunstância, significa essa teoria a tendência incoercível do direito de penetrar todos os fenômenos sociais e implica a subordinação da política ao direito.

Racionalização do poder equivale à supremacia do direito.

E, nenhum setor da nação e do Estado poderá permanecer marginal dentro do conceito das constituições políticas modernas.

Històricamente, as constituições são transação, «Pacto» entre as prerrogativas do soberano e os direitos dos súditos, entre o imperativo da manutenção da ordem e os anseios de preservação das liberdades.

Nos tempos atuais, o direito é cada vez mais a restrição das atividades individuais em benefício da sociedade.

Não implica isto na afirmação da estadolatria, mas apenas significa que ao Estado, por suas Constituições, cabe determinar por seus dispositivos o maior bem comum possível à comunidade que rege.

1) Mirkine-Guetzevitch — As novas tendências do Direito Constitucional — 1933.

Ruy Barbosa, já há quasi 5 lustros advertia que «as constituições são consequência da irre-sistível evolução econômica do mundo. Por isso não podem continuar a ser utilizadas como instrumentos com que se privem de direitos aqueles mesmos que elas eram destinadas a proteger e que mais lhe necessitam da proteção.»

E adiantava o mestre imortal: «As constituições são a caracterisação, nitidamente contornada, de um sistema político, indicado nas suas linhas capitais, entregues, na evolução de sua vida orgânica, à ação da consciência popular, confiado, na interpretação de suas consequências legislativas à intuição dos homens de estado.» (2)

As Constituições são o reflexo do seu tempo social e das condições gerais de vida que proporcionaram a sua eclosão. E nem poderiam elas ser institutos rígidos e inamovíveis, pois seriam fadoras de revoluções pela necessidade incoercível de constantes transformações sociais.

Gladstone, citado por RUY, (3) qualificava a Constituição Americana como a mais maravilhosa criação política do cérebro humano, e, no entanto, diz o mesmo RUY: — «em 1787 era votada a Constituição Americana. Em 1791 tinha passado por dez emendas, e daí a sete anos passava pela undécima.»

É tão importante para a estabilidade jurídica e social da sociedade é a possibilidade de ser a Constituição um elemento dócil às injunções da evolução social que o nunca esquecido RUY attribuía a essa qualidade o segredo da longevidade de todas as Constituições livres. (4)

2) RUY — Com. & Const. Fed. Brasileira, Coligidos por Homero Pires.

3) RUY — H. Pires, idem — vol. VI, 1934.

4) RUY — ib.

Já afirmava notável mestre de direito constitucional: «No Século XX, o sentido social do direito «já não é simples doutrina, mera escola jurídica, é a vida mesma. Já se não pode distinguir o indivíduo-político do indivíduo social. Assistimos a transformação não somente da teoria geral do Estado, mas também da doutrina dos direitos individuais. «O Estado não pode limitar-se a reconhecer «a independência jurídica do indivíduo; tem «de criar um mínimo de condições que lhes «assegure a independência social. Daí, dois «processos simultâneos: de uma parte, entre «os direitos individuais fundamentais, figura a defesa da pessoa social e da outra «parte, em nome de um princípio social superior — a solidariedade — assiste-se à limitação de certos direitos fundamentais, «em particular do de propriedade. Há, pois, «ao mesmo tempo ampliação de direitos fundamentais e limitação dos anteriormente «proclamados.»

Não importa que as Constituições sejam escritas, ou não, pois o essencial é que sua plasticidade permita acompanhar o grau de desenvolvimento social da comunidade e que se integre nas necessidades e aspirações da Nação. Sem a consecução deste desideratum, as constituições tornam-se, quando muito, ordenação curiosa e interessante de preceitos que a habilidade e a inteligência do homem engendra.

Já tinha razão Vieira quando afirmava que só conhecendo nossas necessidades, que não as dos demais povos, vendo-as, sentindo-as, auscultando-as, é que se deve produzir as normas que as regulem.

Do mesmo Mirkiné temos como certo que: «la «Constitution de chaque pays est toujours «un compromis entre les traditions politiques existentes et le **droit constitutionnel** «generale dont la definition et la redaction

«sont de la competence de la science juridi-
«que. Le **droit constitutionnel générale** n'est
«pas quelque chose **d'imutable**, il se modifie
«d'après les idées et les phénomènes politi-
«ques, de la vie.» (1)

O Direito é ciência da realidade e quando as linhas mestras da organização político-social de um Estado são determinadas por ele, deverá obedecer aos princípios da ciência social que regula a vida das sociedades.

As Constituições são, nos tempos modernos, **não apenas simples** declarações de direitos subjetivos que o liberalismo político fazia inscrever em suas linhas como magníficas abstrações jurídicas; mais do que isso, as Constituições são a fisionomia da cultura, dos anseios, dos desejos de progresso espiritual que gera o clima de alta finalidade — o bem comum da sociedade humana a que servem.

Mas, com as Constituições, limitando o poder do Estado, surgiu o eterno problema da conciliação dos princípios de autoridade e de liberdade, o que dificulta o ajustamento jurídico-social, pois que na solução do equilíbrio entre as necessidades do presente e as tradições do passado assenta as condições de progresso que não permitirá fique a Nação estagnada no imobilismo.

Está claro que o progresso focalisa, nos dias presentes, entre as indecisões crepusculares que antecedem a difusão da luz, a luta final, desesperada, dos detentores do poder governamental, arbitrário, contra a força irresistível da solidariedade universal, contra o exercício da liberdade legal, na vida interna e externa dos indivíduos.

A harmonia, o equilíbrio, a eternidade das leis naturais estão a prova dos sentidos do homem e a

1) Mirkine -Guetzevitch — Les Constitutions de l'Europe Nouvelle, 2^e ed. pag. 15.

substância mesma da Vida nelas «vive» relacionando as coisas e os seres.

Dessa substância imortal também participam as sociedades humanas, as leis e os fenômenos que lhe são tributários e entre estes — o Direito — isto é, as leis de justiça e de equidade, que em tempo algum e jamais serão destruídas pelas convicções políticas.

Estas revelações e afirmações científicas do Direito consolidaram o senso jurídico comum e universal de tal sorte que o homem contemporâneo repele instintivamente o ato abusivo, arbitrário, emanado ou haja sido praticado pela autoridade, legal ou fato.

Assim, na constituição política dos Estados, um Poder Autônomo, Soberano foi criado para fulminar de nulidade insanável, o ato ou a disposição de lei, quando esta ou aquele, ou ambos em conjunto, violam os estatutos do direito público ou privado.

Só o Estado de direito, com as limitações que a Constituição lhe impõe poderá realizar o equilíbrio jurídico entrevisto pelos idealistas da dignidade humana, numa fórmula que sem perda da Liberdade da pessoa não se torne o Estado e sua Constituição política impotentes observadores, apenas, do desaparecimento dos princípios salutares da Autoridade dirigida no sentido da obra imperecível do maior aperfeiçoamento do Homem.

CAPÍTULO III

I — A Constituição de 1891

I — A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Já de longe nos vem a noção e sentido da palavra Constituição. Os gregos e romanos empregaram-na com este significado atual de lei que define o Estado e suas atribuições. Sem embargo, nenhum deles chegou a elaborar documento formal onde se exteriorizasse a noção moderna de Estado, com as características inconfundíveis assinaladas na obra dos legisladores do Século XVIII.

As primeiras constituições escritas foram a norte americana de 1787, a francesa de 1791, a espanhola de 1812, a norueguesa de 1814.

Iniciou-se, assim, a marcha do constitucionalismo moderno, através peripécias e lutas que marcam a estrada para a liberdade e dignidade do homem. O velho direito divino (1) alterado na sua essência, iria encontrar o fim de sua longa e tormentosa senda de abuso do poder.

A queda das velhas instituições feudais, si trouxe a embriaguez das liberdades, tão duramente conseguidas, fez resultar um individualismo que levaria a uma fatal desorganização social e econômica.

1) A doutrina do direito divino foi profundamente alterada, em benefício das tiranias. O princípio da autoridade funda sua necessidade na própria natureza social do homem. A autoridade preside a todo desenvolvimento do universo: o macrocosmo governa o microcosmo, a alma governa o corpo; em todo agrupamento deve, pois, também haver uma autoridade diretora. E todos são governados por Deus. Mas, a autoridade dos governantes não é, para Sto. Thomaz de Aquino, uma dádiva de Deus, como iriam dizer mais tarde os partidários do «direito divino dos reis». Ao contrário, para o santo escolástico, todo poder é outorgado por Deus ao povo, e este é quem o cede ao soberano. A autoridade deve, por isso, ser controlada pela sociedade.

Era o fastígio do liberalismo clássico que deixava o indivíduo entregue às suas próprias forças e qualquer auxílio do Estado seria encarado como o ressurgir da velha prepotência feudal.

E, por muito tempo, essa arraigada convicção dominou em todos os espíritos e em todas as constituições, ficando o Estado um marginal na solução dos problemas mais angustiosos da Nação.

O Estado impotente e inerte era mero espectador curioso às vezes, dos profundos desajustamentos e das tremendas dificuldades de toda ordem que abalavam a Nação.

E até o Séc. XX veio o liberalismo clássico dando o cunho de sua tremenda influência política que não se poderia modificar, por uma intangibilidade que raiava aos extremos de um obsedante e imperioso «tabú».

Não podíamos, como nacionalidade nascente, fugir às influências dominadoras da época e nossas constituições tiveram a marca indelevel dessas doutrinas jurídicas que faziam do Estado, politicamente organizado, o grande indiferente às mais fortes solicitações sociais e econômicas da comunidade a que deveria servir.

Entre nós, no Brasil, já desde os mais recuados tempos, com o governo das Capitâneas, nota-se a frouxidão dos laços que uniam as diversas parcelas da autoridade política estabelecida, e o Estado só se fazia sentir com a finalidade exclusiva de valer os direitos da Corôa.

A divisão colonial do País não permitia a convergência de sentimentos nacionais que resultasse numa obra de união social, econômica ou política. E os historiadores assinalam que a unidade territorial constituiu autêntico «milagre» que as leis históricas não explicam nem justificam.

De a nossa organização descentralizada, com soberania verdadeira, como o era a outorgada aos do-

natários das Capitanias constituindo cada uma delas legítimo Estado, em relação às amplíssimas atribuições de seus Donatários, surgiu o Estado Unitário, com a «Constituição Política do Império do Brasil» dada, em nome da Santíssima Trindade, na Cidade do Rio de Janeiro, aos 25 de Março de 1824, 3º da Independência e do Império.»

Ainda aí, e de passagem, essa Constituição, além de erigir o Estado como um simples observador da organização e reclamos das necessidades sociais, constituíe, como as outras figura irreal de nossa situação política, social e econômica.

E desde aquela época, e aplica-se o conceito de que, no Brasil, o Estado nunca se integrou nas necessidades da Nação, assim como nas suas aspirações. Sempre sistematicamente, alheou-se das grandes e imensas necessidades nacionais. Nunca houve a preocupação de o Estado preencher, com medidas justas e previdentes as suas funções de guia e condutor dos sentimentos morais da nacionalidade e dos interesses econômicos e sociais do País.

E, prosseguindo no raciocínio anterior, depois, de vigorar pela Constituição de 1824, o Estado unitário, até 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República, como por um passe de mágica, estabelecemos o regime federativo, com a descentralização da autonomia em favor das antigas províncias.

É verdade que já em 1831, parte da Câmara de Deputados, de então, aprovou, para que fossem submetidos a debate, as proposições que se seguem e que podem servir de elemento de avaliação e estudo histórico social da idéia federalista, àquela época:

- «a) O governo do Brasil seja **FEDERAL**, e uma lei marque as circunstâncias da federação;
- b) cada província elegerá uma **ASSEMBLÉIA**, que fará a sua Constituição particular;

c) o governo do Brasil seja ora vitalício na pessoa do Imperador, o Sr. D. Pedro II, depois temporário na pessoa de um PRESIDENTE das PROVÍNCIAS CONFEDERADAS do Brasil.» (2)

Como este, outros movimentos políticos pretendiam, assim, dêo o Império, fazer vingar a idéia da federação. Agenor de Roure, em seu livro *Formação Constitucional do Brasil*, pags. 109/110, nos relata: «... surgiu a questão federativa. Uma emenda do deputado Ferreira França estabelecia que o território do Império devia «comprender confederalmente as províncias, etc. . . . O deputado França foi franco em declarar que «não havia inconveniente «na adoção do sistema federativo no Brasil «e antes acreditava que êle favorecia a prosperidade das províncias.»

Em 1870, com o Manifesto Republicano, assinado por Saldanha Marinho, é clara a idéia da federação como uma das promessas da propaganda.

Joaquim Nabuco, em 1885, com outros companheiros, apresentou projeto sobre o estabelecimento do regime federal, renovando-o em 1888. (3)

E a idéia avança de maneira impetuosa, a ponto de o próprio Governo perfilhá-la, como ocorreu com o Ministério Ouro Preto. Torna-se apóstolo da idéia o grande RUY que defende a mais completa autonomia às províncias, com a própria organização de cada província e eleição de seu presidente.

Com a proclamação da República, o Governo Provisório nomeou, a 3 de dezembro de 1889, uma Comissão composta dos juristas Saldanha Marinho, Americo Brasiliense, Antonio dos Santos Werneck,

2) Visconde do Uruguai — Ensaio sobre o Direito Administrativo, vol. II, ps. 211-212, apud Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 2ª ed. p. 9, 1913.

3) Aurelino Leal — *História Constitucional do Brasil*, pags. 182/196.

Rangel Pestana e Magalhães Castro, afim de elaborar o projeto de constituição que deveria ser submetido à Assembléa Constituinte, convocada para 15 de Novembro de 1890 e nessa data instalada.

A Comissão apresentou 3 projetos, posteriormente fundidos em um só, que o Governo Provisório igualmente aprovou com ligeiras modificações e posteriormente alterou. O último texto foi apresentado à referida assembléa pelo Dr. Prudente José de Moraes Barros, e depois de examinado por uma comissão constituída de um representante de cada Estado, submetido a um trabalho parlamentar de 3 meses, foi finalmente, em 24 de fevereiro de 1891 promulgada a segunda Constituição Brasileira que regeu os destinos do Brasil até 24 de outubro de 1930.

A Constituição de 1891, inspirada no mais arraigado princípio de federalismo, apegada aos preceitos do liberalismo clássico, desprezando o sentido objetivista que informa os regimes de verdadeira conciliação da teoria política com o clima social a que se vae ambientar, consagrou em seus dispositivos, a mais completa autonomia às províncias que passam a ser Estados Federados.

Nascida das idéias clássicas sobre constitucionalismo na época de então, a Constituição de 1891, plasmou, entre nós o Estado liberal que não poderia intervir nas disputas dos cidadãos, e seria, quando muito, o Estado gendarme, só atuando quando infringidas as regras de seu estatuto supremo.

Não é, de outro lado, acertado supor que o Estado brasileiro de 1891, tenha sido o reflexo das idéias norte-americanas, mas antes é preferível ver, quanto à federação, a velha tradição de independência das Capitánias, e quanto ao liberalismo, o incontido amor de liberdade que já se pronunciava, entre nós, de tempos anteriores à Independência Americana.

É de acentuar que o preâmbulo da Constituição de 1891 que assegurava a mais completa liberdade individual, nenhuma referência fez à «igualdade» de seu § 2º do art. 72, e que estampa um orgulho teórico de velhas idéias enciclopedistas. Revela notar que a soma de autoridade que os Estados autônomos ganharam com a Constituição de 1891 é resultante de vários entrechoques das mais diversas idéias e teorias políticas e filosóficas.

Leopoldo de Bulhões conta que: «por ocasião «do debate sobre as disposições preliminares do projeto de Constituição, duas correntes se formaram (no Congresso): uma «definida e poderosa, francamente a favor «da federação; outra, fraca, manifestamente contra ela.» (4)

A «União Federal» refere-se ao grupo dos «republicanos históricos» e ao grupo dos ministerialistas. (5) É de se acrescentar os positivistas com tenacidade a suprir o reduzido do número. Manifestavam-se esses contrários à Federação e se batiam pela implantação de uma «ditadura científica».

Defendiam o princípio de que «as pátrias verdadeiramente livres não podem compor-se «de mais de um a três milhões e que o sistema federal, forma de coordenar por «meios políticos a união histórica de certas «pátrias tendia a desaparecer.» (6)

Predominou a idéia federalista, a exemplo do organismo político norte-americano. E não se diga, porém, que nosso federalismo é resultado da solução política da América do Norte que passaria a ser espelho de todas as federações do Novo Mundo. O Estado Federal brasileiro de 1891 nasceu de

4) *Anais da Const.*, vol. I pag. 321 apud Aureliano Real, op. cit., pag. 236.

5) *União Federal*, de 15 de Janeiro de 1891, apud Aureliano Leal op. cit. pag. 237.

6) *Da Representação dirigida ao Congresso Constituinte pelo Apostolado Positivista do Brasil*, apud Aureliano Leal, op. cit. pag. 239.

um imperativo histórico, vindo, desde os mais recuados tempos da colonização, conforme já demonstramos linhas acima. Poderá, quando muito, o sistema americano ter servido de padrão no aspéto formal e no influxo moral que fez vencedora a idéia federalista entre nós.

Si por um lado, vemos no Estado brasileiro de 1891, a forma clássica do liberalismo do XVIII Sec., não menos certo é que as idéias positivistas influíram no sentido de um Presidencialismo absorvente das funções estatais, como demonstração de «governo forte» da doutrina positivista.

De outro lado, não contraria à nossa tradição política ver na adoção do sistema bi-cameral a continuação de orientação constitucional já firmada no Império pela Constituição política de 1824.

Já o agnosticismo do Estado tem suas raízes na Constituição de Filadelfia, contrariando essa orientação do Estado brasileiro de 1891 a velha tradição religiosa do País, concretizada no art. 5º da Constituição do Império. E nem se argumente que as idéias da época, o sôpro renovador das liberdades individuais impunham essa orientação, pois ainda hoje Estados profundamente democráticos mantem o princípio da religião de Estado. Basta considerar a Inglaterra, e ainda melhor, a última Constituição Política da República Argentina que mantem em seu art. 2º a religião oficial do Estado.

Confirmando nossa tese de que mui pouco temos da Constituição Americana em nosso Estatuto político de 1891, no sentido de fator predominante na feitura do mesmo, temos a palavra mais que autorizada do grande RUY, quando discorre: (7)

«Certamente há criações que não se imitam,
«que se não transportam. Não basta a vontade e a ciência, para obter, noutro país, a

7) RUY — Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos por Homero Pires, vol. I, pag. 30 — 1932.

«reprodução de um Senado como o ameri-
«cano. Não vale a inteligência do modelo,
«nem a arte de adaptação, para transplan-
«tar dos Estados Unidos o seu Supremo Tri-
«bunal Federal. Instituições destas não se
«alcançam pela habilidade plástica dos le-
«gisladores. Dependem eminentemente da
«idoneidade dos povos, como do carater das
«raças. **E sem elas** bem duvidoso é que a
«nossa Constituição tenha o **direito de pre-**
«**tender à afinidade que supõe**, com a obra
«de Washington e seus colaboradores.»

O Estado constituído pela lei suprema de 1891 revelou-se, já pelo predomínio das idéias liberais do *laissez faire, laissez passer*, já pela impotência em afirmar atribuições, um órgão destinado a deixar no organismo nacional profundas marcas de sua abstenção e até mesmo de sua incapacidade, sugerindo e mesmo fazendo nascer o caminho da necessidade de uma estruturação.

Ruy já sentira, com sua sensibilidade, os factores do afrouxamento do Estado de 1891 e fulminava essa inércia, com os ensinamentos proféticos:
«fazendo, porem, por esse lado, como fez
«quando estava ao alcance de sua **insufici-**
«**ciência**, cumpria ao menos que, na linha
«dos resultados praticamente realizáveis,
«os constituintes de 1890 houvesse acudido
«aos dois problemas do regimen, que visa-
«vam: o auto-governo dos Estados e a exis-
«tência da União.
«Ora, em vez do governo dos Estados por
«si mesmos, ganhamos a tiranisação dos
«Estados pelos Governadores: a emancipa-
«ção absolutas destes, com a absoluta su-
«jeição daqueles a um mecanismo de pres-
«são incomparavelmente mais duro que o
«da centralisação antiga sobre as Provín-
«cias de outrora. Dir-se-á que desta inver-

«são nos produtos do molde federativo toca
«a responsabilidade à nossa ausência de li-
«berdade eleitoral. Mas, já não aproveita a
«mesma excusa à Constituição republicana,
«pelo que respeita ao outro interesse fun-
«damental, ao máximo entre os dois inte-
«resses fundamentais de seu plano: vitali-
«dade, a independência, a soberania da
«União. Nesta parte, o artefato da Assem-
«bléia de 1890 se mostra deplorável. Não
se tratou de constituir a União, a preservá-
«la, mas de a extenuar, de a impossibilitar.
«Imaginou-se que uma aliança ostensiva de
»interesses centrífugos, sem uma poderosa
«lei centrípeta, que os domine, poderia re-
«presentar e manter a nacionalidade. Os
«frutos aí estão, rápidos e mortais, na im-
«potência governativa e na miséria orgâ-
«nica da federação». (8)

Apesar dos defeitos já vislumbrados por RUY na carta política de 1891, esta se mantém até 1926, quando o Governo Federal, ao influxo de acontecimentos diversos e da necessidade de dotar o Estado de poder efetivo, sem a deplorável posição de simples regulador de regras jurídicas, exigiu do Congresso Nacional a reforma constitucional. E na Mensagem presidencial de 3 de maio de 1925, apontam-se as fraquezas do Estado, num panorama e numa síntese reais: «...excedeu do que fôra conveniente na
«concessão das autonomias locais (a orga-
«nização republicana federativa), deixando
«a União enfraquecida... colocou os inte-
«resses do indivíduos acima dos da coleti-
«vidade, impedindo o emprego de medidas
«salutares à existência comum, como acon-
«tece com o fenômeno inquietados da ca-
«restia da vida, e da desarrazoada elevação
«dos preços, e entregando-lhes riquezas que
«a Nação devia conservar para a sua de-

«fesa, como as minas de ferro, petróleo e
«outras...»

Duas modalidades se apresentam na re-estruturação da Carta de 1891: a 1ª — de ordem interna — pretendendo dotar a União, o Estado federal, a força centrípeta que aglutine em torno do Poder Central, a autoridade soberana, e o 2º — de caráter universal e das mais profundas consequências político-sociais: o Estado passa a intervir no conceito da liberdade individual em defesa dos «interesses da coletividade.»

No capítulo referente à declaração de direitos, restringe a concessão do «habeas-corpus» e atende, de maneira radical, aos aspectos mais fundamentais: 1º — a União fica autorizada a intervir, com maior desembaraço, nos Estados-membros e 2º — autorisa o Congresso a intervir no mercado econômico do trabalho, forma exigida pelo bem público, assim como no comércio interior e exterior (art. 34).

A reforma da Constituição de 1891, marca o fim do liberalismo clássico do Estado brasileiro, quer no terreno político, quer no terreno econômico: naquele, com o ocaso do centrifugismo político, e neste com a derrocada de um dos tabús: a liberdade de contratar.

Marca essa transformação o caminho seguro do Estado brasileiro na sua avançada de **Estado mínimo** para **Estado máximo**, realizando a finalidade da defesa dos interesses privados e da orientação às atividades econômicas e sociais dos cidadãos.

CAPÍTULO IV
A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

As profundas transformações sociais e econômicas por que passou o País, conseqüente não só ao seu desenvolvimento geral, mas principalmente às situações criadas com o após guerra, que alteraram fundamentalmente os conceitos espirituais, sociais e morais, provocaram a necessidade de uma reestruturação radical na fisionomia política da Nação.

O liberalismo econômico e jurídico fizera medrar problemas angustiosos, pela ausência da ação orientadora, ou mesmo corretiva, do Estado, como vimos no capítulo anterior.

A reforma constitucional de 1926, correspondera mais a uma necessidade de ordem meramente política, antes que socio-econômico. As pequenas referências à premente questão da «carestia da vida, da desarrazoada elevação dos preços», no dizer da Mensagem Presidencial de 3 de maio de 1925 ao Congresso Nacional de então, não exprimia, de modo completo, os grandes desajustamentos já verificados nas mais diversas camadas sociais, e a que o sistema jurídico não poderia dar remédio compatível com a gravidade do mal.

Não mais se fazia sentir o império da juridicidade como capaz de conjurar a crise que se avolumava com a precariedade de nossa compreensão política, e sobretudo com os fatores mais graves do mal estar econômico originário de uma economia raquítica e de uma organização de trabalho fundada na livre concorrência da mão de obra.

Alia-se a estas circunstâncias, já de si graves, a errônea concepção de nosso povo em crer nos milagres das transformações bruscas da ordem estatal a panacéia para todos os males do organismo social.

Cria-se, assim, clima psíquico propício à desmoralização da ordem jurídica estabelecida, agravada ainda pela profundidade imensa das transmutações ocorrentes nos domínios do direito público em todo o mundo. O que há de fundamental nas Cartas constitucionais se altera; altera-se a doutrina da divisão dos poderes; altera-se o conteúdo das Declarações de Direito: «... assistimos à trans-
«formação, não sòmente da teoria geral do
«Estado, mas também da doutrina dos di-
«reitos individuais... O Estado não pode
«apenas limitar-se a reconhecer a indepen-
«dência jurídica do indivíduo, êle deve criar
«um mínimo de condições necessárias para
«assegurar a sua independência social...
«em nome desse princípio social superior
«(solidariedade, ordem pública) assiste-se à
«limitação de alguns direitos fundamentais,
«particularmente do direito de propriedade.»

Preuss e Kelsen são os apóstolos da nova era, os artífices do constitucionalismo de após-guerra.

Pontes de Miranda traduzia esse aneio de renovação quando apontava incisivamente os rumos do novo direito constitucional: «O coração do di-
«reito constitucional de hoje é o **direito à**
«**subsistência e à educação.** As constituições
«do Século XX, que não assegurem como
«direito irredutível, o direito à subsistência
«e à educação, serão folhas tênues de papel
«por sôbre os povos: a primeira lufada as
«rompe, a primeira crise as reduz a poei-
«ra.» (1)

1) Pontes de Miranda — Os fundamentos Atuais do Direito Consti-
tucional, pag. 423.

Em meio a esse anseio renovador das normas jurídicas de direito público, a esse tempestuoso rumor de luta é que surgiu a Constituição de 1934.

Não sabíamos bem o que queríamos, e nem tínhamos, então, diretivas fundamentadas para a ação do Estado, quer no domínio jurídico, quer no domínio socio-econômico. Vacilávamos entre a autoridade e a liberdade, e não podíamos precisar se desejávamos, como dizia SEELEY, citado por Harold Laski: (2) «los exceso del gobierno como tu-
«tela de los pueblos, e los excessos de la
«libertad, como anarquia de los individuos.»

Como o advento da Revolução de 1930, o problema de nossa organização transbordou para os debates públicos, com uma violência e uma energia que faziam supor pudéssemos encontrar uma fórmula conciliadora das várias correntes de opiniões que se entrechocavam.

Bem cedo, e lamentavelmente, viu-se que da heterogeneidade de pontos de vista, de interesses, de doutrinas e de conceitos, resultaria obra híbrida destinada a não mui longa duração.

As mais diversas correntes de opiniões participaram, de maneira efetiva, com os seus representantes na Comissão nomeada pelo Governo Provisório, por decreto n. 21.402, de 14 de maio de 1932, para a elaboração do ante projeto da Constituição.

Dela faziam parte Pontes de Miranda, Francisco Campos, João Mangabeira, Alceu Amoroso Lima, Carlos Maximiliano, Oliveira Viana, Vitor Viana e Góis Monteiro.

Pelo elenco apresentado, pode-se sentir que não haveria unidade de doutrina, de conceito jurídico e social, na obra a empreender.

E o resultado foi que a Constituição de 1934, estruturado o novo Estado brasileiro como social-democrático, fê-lo com o carater de ESTADO-COM-

POSIÇÃO, representativo do acôrdo estabelecido entre as várias opiniões para uma fórmula de conciliação que permitisse a todos inserir um mínimo de seus ideais nessa colcha de retalhos em que se transmutou a lei máxima de 1934.

Traduzindo o pensar de cada um dos elaboradores de seu ante-projeto, vemos na Carta de 1934, dispositivos de inspiração teológica, como é o seu preâmbulo, a par com as mais avançadas tendências do democratismo moderno, como sejam, difinições de novos direitos, voto secreto e obrigatório aos maiores de 18 anos, mandado de segurança, etc.

A questão social foi incorporada ao nosso patrimônio socio-jurídico em termos tendentes a harmonisar o capital e o trabalho, e principalmente a propriedade teve o seu conceito restringido aos altos ditames do «interesse social».

O mais simples compulsar, no entanto, da Constituição de 1934, revela, em suas disposições a aceitação de doutrinas antagônicas, símbolo das composições doutrinárias destinadas a satisfazer os mais diversos pontos de vista. E esse ESTADO-COMPOSIÇÃO, vacilante entre um liberalismo mesclado de nacionalismo que era um dos lei-motiv do momento, não tinha contra si, apenas esta heterogeneidade de princípios, mas e principalmente, a circunstância mais importante, de que enfraquecera o Poder do Estado, com haver debilitado a autoridade do Presidente da República.

É comentário comum a todos tratadistas a afirmação de «que a Constituição de 1934 foi elaborada «sob o pensamento dominante, sinão obse-
«dante, de conter o Executivo, isto é, o Pre-
«sidente da República. Nesta preocupação
«de limitar ou impedir o arbítrio do Presi-
«dente da República, criaram-lhe uma sé-
«rie de limitações, dependências e subordi-
«nações; tamanhas e tão cautelosas que to-

«da a atividade do Chefe do Executivo, na
«parte pelo menos relativa à defesa das ins-
«tituições constitucionais e da ordem legal,
«tinha que ficar submetida à prévia autori-
«sação da Câmara dos Deputados.» (3)

As mais graves conjunturas nacionais encontravam o Poder Executivo desarmado para resolvê-las, pois o Legislativo era *magna pars* no trato de todos os assuntos que dissessem diretamente com a segurança e a ordem pública. Assim, na decretação do estado de sítio (arts. 56, § 13 e 175, § 7, assim na intervenção nos Estados, arts. 56, § 12 e art. 12, § 1º e art. 7, n. 1), o Legislativo teria sempre de dar a última palavra, acorrentando o Poder Público ao carro quasi sempre, ou sempre, moroso e tardio.

Nem se poderia esperar outra orientação de uma Câmara composta dos mais diversos elementos, e principalmente acrescida de uma representação profissional, inexperiente do trato das cousas públicas, desprovida, na mór parte de cultura sociológica e política. E já afirmou o grande Carlos Maximiliano: «a legislação de país moderno é obra
«essencialmente técnica; não pode ser ela-
«borada por ignorantes; daí o artifício da
«representação. Em 1934, eu vi, diz o emi-
«nente jurista, opinando sobre temas rele-
«vantes de Sociologia e Direito, um preto
«garçon de café em Recife, e um moreninho
«vendedor de passagens em Niteroi!» (4)

Impregnada, assim, de vícios orgânicos dês a sua feição, a Constituição de 1934, estabelecendo pelo jogo de interesses dos variados partidos políticos, um ESTADO-COMPOSIÇÃO, fruto nati-morto dos conciliábulos particulares de políticos profissionais com representantes profissionais solertes,

4) Carlos Maximiliano — A Futura Constituição do Brasil, in Revista Forense, vol. III, julho — 1945.

teve a preocupação de solapar o princípio de autoridade, para que pudessem todos acomodar os seus princípios doutrinários à sombra da grande árvore esgalhada.

Não souberam os constituintes de 1934 organizar um Estado que, preservando a sua autoridade, pudesse conter o arbítrio do Poder contra a dignidade da pessoa humana.

E, dest'arte, preparou o caminho para solução mais grave e prejudicial aos interesses individuais e coletivos, com o golpe de 10 de novembro de 1937.

É verdade que, sob esse regime, o Estado, para alcançar, de maneira mais concreta, a finalidade a que se dispunha, teria de, ou submeter aos caprichos dos Estados-membros, por seus representantes no Congresso, ou procurar, de qualquer modo, estabelecer um equilíbrio de princípios que lhe permitisse o exercício de suas funções em favor do bem comum.

E o certo é que o Estado-Composição de 1934 tinha seu centro de gravitação na Câmara dos Deputados, criando a personalidade coletiva da Nação como um conjunto dos Estados-membros reunidos na Câmara Federal, ao invés de fixá-la na autoridade, embora com os freios do regime, que pairasse acima dos interesses de cada célula nacional. Nem mesmo na América do Norte, cuja Federação obedeceu a um pacto efetivo, eis que as 13 unidades, voluntariamente se associaram para um fim comum, nem mesmo lá, tiveram as unidades federativas tão grande predomínio como entre nós com o pacto constitucional de 1934.

Pedro Calmon, analisando a Carta de 1934, diz numa síntese feliz: «A estrutura federativa não so-
«freu modificação sensível. As linhas mes-
«tras do sistema de 1891 foram conservadas.
«Os poderes excepcionais do presidente na
«fase extra-constitucional exerceram-se nas

«pautas da organização anterior. Apenas a «jurisdição federal se alargou, com a crescente interferência do executivo em todos «os domínios da vida nacional. A Constituição de 1934 consagrou essa dilatação de «competência, essa irradiação de autoridade «inspirada pelo exemplo de ação ordenadora «dos modernos «estatismos». Poupou a ««terioridade do federalismo. Insistiu nas de- ««clarações democráticas dos sistemas extin- ««tos. Mas se encheu de propósitos sociais, «de ética e técnica social-democrática, de «dogmática estatal ao gosto das Constitui- «ções de após guerra européia. A originali- ««dade do Estado de 16 de julho foi a apa- ««relhagem governativa, de tal sorte cons- «truida que as limitações do poder impor- «tassem um automático respeito às normas «do regime (impossibilidade de arbítrio) e «a solução prática dos conflitos entre os ór- «gãos constitucionais (impossibilidade de «usurpação). Enfraqueceu o presidente da «República, dando ao Legislativo o direito «de só conceder o estado de sítio e a inter- ««venção nos Estados em condições restritas «e tão acauteladoras que nenhuma dessas «medidas de exceção poderiam servir de ar- ««ma política. Debilitou, porém, o Legisla- ««tivo, incorporando a êle a representação «profissional (um quinto do total dos de- «putados), eleita pelos círculos econômi- «cos.» (5)

Continuava, todavia, o Estado brasileiro a ser um Estado sem orientação econômica determinada, e sem fisionomia jurídica que permitisse ajustá-lo, não só às modernas correntes do constitucionalismo, como, o que é mais sensível, aos reais interesses da

5) Pedro Calmon — Curso de Teoria Geral do Estado, 3ª ed. — 1949 — p. 406.

Nação. Estado pluri-partidário, com tremendo entrec choques entre as diversas correntes políticas, não pôde, assim, resistir às primeiras necessidades da nação, desejosa de rumar para ideais determinados, numa ância de reconstrução econômica e valorização do homem nacional, na ambiência real de sua riqueza e de sua prosperidade.

Da Carta de 1934 disse Pontes de Miranda: «destinada a Estado pluri-partidário, a «Constituição de 1934 só teria vida real, eficiência, só se concretizaria, se fosse possível a formação de três grandes partidos políticos: direita, centro e esquerda. A luta contra o surgimento deles e a existência de partidos só de direita impedirá que «a Constituição de 1934 venha a ser mais «do que um programa impresso em densas «62 páginas corpo 10.» (6)

Foi este ESTADO-COMPOSIÇÃO, frágil na sua estrutura, que preparou o advento de um regime de autoridade também incapaz de interpretar a realidade de nosso panorama social e econômico, ou mesmo, político, dada a absoluta inadaptação de qualquer partido à imensa heterogeneidade de princípios que se inscreveram do diploma legal de mais curta duração entre nós.

6) Pontes de Miranda — Constituição Brasileira, vol. I, p. 112.

CAPÍTULO V
A CONSTITUIÇÃO DE 1937

I — A CONSTITUIÇÃO DE 1937

A 10 de Novembro de 1937, o Presidente da República, «Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro, à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos factores de desordens...

«Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo outorga uma nova Constituição, com o apoio das forças armadas e cedendo às aspirações da opinião nacional...»

Esta nova Constituição, com 187 artigos, trazendo um cunho acentuadamente administrativo, deu largas atribuições ao Estado e fez com que a Nação retomasse o curso de 1930, abandonado em 1934.

Tinha ela a originalidade da outorga só ocorrida, entre nós, com a Carta de 1824, intitulada «Constituição Política do Império do Brasil».

Sem embargo de opiniões valiosas, não nos parece que o novo estatuto realizasse o ideal da perfeita integração das idéias aos fatos. Nós mesmos, em que peze a circunstância de, em trabalho publicado em 1938, termos opinado ser, até então, o estatuto de 1937, o mais compatível com a nossa realidade, já emitíamos a opinião de que «não resol-

vera o novo diploma a questão da organização da economia nacional.» (1)

É certo, conforme já demonstramos no capítulo anterior que a Carta de 34, não poderia resistir a tantas solicitações sociais, econômicas e políticas, dada a frágil estrutura que a revestia, sem contacto com a realidade nacional.

Nossas instituições nunca tiveram correspondência com a realidade, e 37 foi uma tentativa de fazer crer na integração do Estado nos mais diretos e práticos interesses da Nação. Procurava-se racionalizar o poder, no sentido de que a ação do Estado, embora com prejuízo de liberdades individuais tidas, até então como intangíveis, fosse o canalizador das energias, o roteiro seguro da marcha da coletividade, e sobretudo, o seguro determinador das vontades individuais para o fim que ele, Estado, desejava atingir.

Pretendia a nova ordem de cousas reivindicar, com a sua qualidade de Estado **omni-presente**, a maior obra de praticidade orgânica já realizada no País, pela sua perfeita adaptação às realidades históricas, econômicas, sociais e políticas do País.

Os erros de interpretação sociológica sempre contribuíram, entre nós, para a fisionomia irreal do Estado, em face das realidades de nossos agrupamentos humanos. Já de há muito, vinham as escolas jurídico-sociais chamando a atenção para este fenômeno, resíduo do liberalismo clássico do Século XIX.

«As circunstâncias, em que hoje se elabora
«uma Constituição de um povo, são assaz
«diferentes das que cercavam o homem do
«Século XIX, como as dêste já se distin-
«guiam daquelas, assaz precárias do Sécu-
«lo XVIII e anteriores. Em vez de imitação e

1) Euclides de Mesquita — A Economia e o Trabalho na Carta de 10 de Novembro — São Paulo Editora Limitada, 1938.

«da solução empírica, temos diante de nós, «o material novo e cem anos de investigação científica. O conhecimento com que se conta é fruto do método comparativo do direito e das pesquisas e conclusões sociológicas.» Toda Constituição contemporânea precisa ser obra meditada, de ciência política, de ciência jurídica e de ciência técnica.» (1)

Não se pode afirmar, em sã consciência, que o Estado inaugurado com o estatuto de 10 de Novembro tenha realizado esses princípios da ciência jurídica.

É certo, todavia, que novos problemas surgem em determinadas fases históricas que reclamam fórmulas novas para sua solução apropriada às circunstâncias sociais e principalmente econômicas. Esses fatores sociais e econômicos, forçosamente, influirão no clima político de cada povo, de acordo com suas características próprias.

Entre nós, o liberalismo da Carta de 34 trouxe a proliferação dos partidos políticos, degenerando, muitas vezes, em fatores potenciais de desorganização.

Os mais destacados adeptos do diploma de 10 de Novembro querem ver em seus dispositivos, por uma forçada conciliação de conceitos, uma democracia ativa, em contraposição à democracia negativa.

«A transformação operada no mundo pelas grandes revoluções industriais, técnicas e intelectuais, mudou o clima político. O conceito negativo da democracia não era mais adequada aos novos ideais da vida. A liberdade individual e as suas garantias não resolviam o problema do homem. Eram ideais negativos, que não garantiam aos

1) Pontes de Miranda — Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional, 1932 — paga. 28/29.

«indivíduos nenhum bem concreto, seja no
«domínio econômico, seja no domínio moral,
«seja no domínio intelectual e político. Nu-
«ma época de profundas e radicais modifica-
«ções na técnica da vida e de conquistas no
«domínio dos bens materiais e morais, o
«principal problema passava, necessàriamen-
«te, a ser o de tornar os benefícios dessas
«transformações e dessas conquistas acces-
«síveis ao maior número possível. Tratava-
«se, portanto, de inverter o conceito de de-
«mocracia próprio do Século XIX: o proble-
«ma constitucional não era mais o de definir
«negativamente a esfera da liberdade indivi-
«dual, o de organizar o poder ao serviço dos
«novos ideais da vida. Não era mais o caso
«de definir de modo puramente negativo os
«direitos do indivíduo, mas de atribuir aos
«indivíduos os direitos positivos por força
«dos quais se tornassem acessíveis a êles os
«bens de uma civilização eminentemente téc-
«nica e de uma cultura cada vez mais exten-
«sa e voltado para o problema da melhoria
«material e moral do homem. Daí o novo
«aspecto de que vieram a revestir-se as no-
«vas cartas constitucionais. Elas perderam o
«carater político, assumindo, de modo emi-
«nente, carater construtivo e positivo. Na de-
«claração de direitos, a parte negativa ten-
«de cada vez a restringir-se, ao mesmo tem-
«po que o conceito do poder ou do Estado
«assume outra significação. O problema
«constitucional não é mais o de como pren-
«der e obstar o poder, mas o de criar-lhe
«novos deveres e aos indivíduos novos di-
«reitos. O poder deixa de ser o inimigo pa-
«ra ser o servidor; o cidadão deixa de ser
«o homem livre ou o homem em revolta con-
«tra o poder para ser o titular de novos di-
«reitos positivos e concretos, que lhe garan-

«tam uma justa participação nos bens da
«civilização e da cultura.» (2)

Estão aí definidas as linhas gerais do novo conceito de Estado, conforme o estabelecido em 10 de Novembro de 1937. O seu mais autorizado exegeta, Sr. Francisco de Campos, que o denominou de ESTADO AUTORITÁRIO, fixa-lhe a finalidade como sendo a realização da justiça social.

Num Estado, emergido de circunstâncias imperiosas da preservação da ordem social e econômica, no dizer de seus arquitetos, e que se atribue tão extensa soma de poderes, não se poderá aplicar o conceito moderno de democracia, com que o pretendiam enfeitar, denominando-o DEMOCRACIA AUTORITÁRIA.

O Estado resultante da Nova Carta outorgada é, não resta dúvida, eminentemente absorvente e reivindica para seu chefe as prerrogativas mais importantes do Estatuto político.

Não correspondeu o novo Estado, também chamado ESTADO NOVO, ESTADO NACIONAL ou ESTADO AUTORITÁRIO às exigências da realidade social e econômica, e hoje, esbatidas as tintas dos ataques e encômios, parece-nos, assim à distância, que a sua organização obedeceu menos às alegadas necessidades socio-econômicas de nosso meio e de nosso tempo do que a solicitações políticas de ordem individual ou grupal.

A mais sensível característica do diploma em apreço, com a criação do ESTADO AUTORITÁRIO, é a supremacia do Presidente da República:

«art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado...»

Para realização de seus fins «bem estar, honra, independência e prosperidade» do povo (art. 1º)

2) Francisco de Campos — Direito Constitucional — 1942 — pags. 308/9.

o Estado Autoritário consagrará os princípios abaixo que caracterizam o seu regime:

- 1º instituição de um governo central poderoso, em contraposição à excessiva centralização federativa da Constituição de 1891;
- 2º restrição às atribuições do Parlamento, substituída pela colabroação mais íntima das classes econômicas no governo;
- 3º organização corporativa da economia nacional;
- 4º eliminação do princípio da separação dos poderes e maior atribuição de poderes legislativos ao Executivo;
- 5º descentralização autárquica como corretivo à descentralização territorial e federativa;
- 6º eleição do Presidente da República por um corpo eleitoral especial;
- 7º organização das categorias produtoras pela sindicalização profissional;
- 8º supressão dos partidos políticos, pela desnecessidade deles, em face de eleições indiretas.

E sem embargo de tão decisivas orientações do ESTADO NOVO, com todos os laivos de Estado unitário e forte, juristas e sociólogos desencontraram-se no conceituá-lo. Houve quem o visse como «república democrática e representativa». (3)

Tambem o consideraram o mais apto a promover o bem público, sem comprimir as iniciativas e liberdades individuais, e assim «imune de quaisquer contaminações dos regimes totalitários.» (4)

3) Oliveira Viana — O Idealismo da Constituição, 2ª ed. 1939, pg. 121.

4) Azevedo Amaral — O Estado autoritário e a Realidade Nacional — 1938 — pag. 182.

Leví Carneiro, combatendo o estatuto político de 1937, tem para com o mesmo, depois de lhe dissecar os erros e desvios, a palavra candente da «charge», quando diz: «na moldagem das constituições políticas, como nas confecções dos «vestuários femininos e até, ai de nós, na «dos masculinos — prevalecem os caprichos «da moda. Mesmo assim, deve reconhecer-se que, a par de muitas inovações, por vezes extremadas, a moda da indumentária «conserva sempre muita coisa antiga; não «raro, algumas de suas inovações constituem apenas a resurreição de cousas obsoletas. Também a moda política tem desses «caprichos. Nossa própria Carta de 1937 terá sido promulgada para nos pôr na moda — na moda daqueles dias, em que Mussolini era o Lanvin dos costumes políticos.» (5)

Não conseguiu, evidentemente, o ESTADO AUTORITÁRIO realizar os postulados com que pretendia se justificar e principalmente os de natureza social ou econômica. Já havíamos afirmado que «não acreditamos, porem, que só por si, seja ela (a Carta política de 1937) capaz de resolver a questão social do país.» (6)

É certo que o Estado instituído então, filiou-se à corrente do sindicalismo reformista, marchando, assim, a largos passos para o Corporativismo. E não poderá organizar-se o Estado Corporativo sem uma forte unidade estatal.

Daí, a preocupação do organizador do Estado Novo em procurar soldar toda a Nação em um só bloco, contrariando mesmo as nossas mais arraigadas tradições de federação, dê os albores de nossa vida política ainda na Colonia.

5) Leví Carneiro — A Futura Constituição do Brasil, in Rev. Forense, vol. III, julho de 1945.

6) Euclides de Mesquita — op. cit. pag. 11.

A Carta de 10 de Novembro instituiu o Estado Autoritário e Unitário, com a evidência de 3 pontos essenciais que constituem a súmula de sua caracterização: organização corporativista, pelo Conselho da Economia Nacional — regulamentação do trabalho — e os princípios nacionalistas.

Não poderia o ESTADO AUTORITÁRIO OU CORPORATIVISTA instituído em 1937 isentar-se dessas três maiores solicitações dado pretender êle, com outra técnica, reavivar o «homo oeconomicus», embora sempre pretextando uma maior elevação espiritual do homem através de elementos econômicos de vida compatíveis com um mínimo de dignidade.

Em sendo assim, é forçoso reconhecer que a economia, no ESTADO CORPORATIVO, é a essência de sua organização, para mais possível estabilidade social que permite a realização dos fins políticos. A este imperativo acomodou-se o nosso Estado de 1937 com a programação dos 3 pontos acima referidos e a natural subordinação do indivíduo ao interesse coletivo, ou como dizia Francisco Campos: «o cidadão deixa de ser homem livre ou homem em revolta contra o poder para ser o titular de novos direitos positivos e concretos.» (7)

É verdade que as novas instituições manifestavam seu horror pela terminologia científica do «homo oeconomicus» e seus doutrinadores procuraram determinar os contornos do «homo corporativus» na expressão de Manoilescu. (8)

O que se torna evidente é que o ESTADO AUTORITÁRIO brasileiro não realizou os fins a que se propunha, menos pela disposição de seus orientadores do que pela pouca resonância dos propósitos novos na ambiência moral e espiritual da Nação.

7) Francisco de Campos — op. cit.

8) Manoilescu — O Século do Corporativismo, 1928 — ed. José Olímpio — pag. 279.

Foi-nos, todavia, de salutar proveito pela experiência que nos permitiu aquilatar da inexequibilidade de sistemas impróprios à nossa formação histórica e da necessidade da prática real de princípios democráticos.

CAPÍTULO VI
A CONSTITUIÇÃO DE 1946

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

A artificialidade do regime de 1937, construído uma macrocefalia unitária, estabelecendo uma hipertrofia do Executivo, anulando o Legislativo e intervindo no Judiciário revelam que o constitucionalismo de 1937 não teve bases no direito nacional.

As peças da maquinária constitucional não se ajustavam à ambiência a que se propunha servir e resultou disso a própria inobservância de seus preceitos mais importantes, como fossem os de ordem econômica e social.

A imensa labareda que devastava o mundo, consequência das doutrinas totalitárias, forçaram o País a uma decisão, enfileirando-se ao lado das democracias.

Esta atitude que contrariava, de um lado, a própria natureza do regime e de outro, manifestações dos próprios dirigentes do Estado, criaram no ânimo popular, especialmente nas elites, o determinado desejo de uma volta de nossas instituições às suas fontes mais límpidas de tradição jurídica.

Sob a pressão deste sentimento, e com a vitória dos princípios democráticos no grande choque mundial, um pronunciamento militar, a 29 de outubro de 1945, punha termo ao Estado Autoritário e no mesmo ano era eleita a 4ª Constituinte do Brasil.

A 18 de setembro de 1946 foi promulgada a 4ª Constituição Republicana que fazia nossas instituições refluir à fonte de suas inspirações jurídicas.

Emersa de um regime de autoridade, a Nação preparava-se para os embates das mais contraditórias ideologias, por muitos anos aparentemente adormecidas.

Anciava-se por um tipo de estrutura social que marcasse de solidez e segurança o caminho a se abrir ao País, e, embora menos heterogênea, a Constituinte de 45 agasalhava democratas, democratas-cristãos, integralistas, comunistas, elementos do regime há pouco destruído e socialistas de correntes profundamente diversificadas.

Poder-se-ia prever campanha tenaz e talvez esteril, no sentido de um trabalho que resultaria um diploma legal com os vícios da Carta de 34; mas as constituições políticas, já se disse alhures, são verdadeiros tratados de paz entre os elementos que os elaboram, dispostos todos a estabelecer princípios que assegurem as liberdades públicas e os direitos individuais.

Comentando a elaboração do diploma de 46 Waldemar Ferreira justifica essa circunstância com as reservas morais da tradição nacional: «transigências dos vários agrupamentos ensejaram entendimento que possibilitou a obra comum, levada a bom porto em pouco mais de sete meses. É que muito material existia no patrimônio moral da Nação, que não mais podia abandonar-se. A tradição tem força muito mais preponderante do que ensina a filosofia: ela se faz sentir irremovivelmente como fatalidade que se diz histórica, mas que lhe é peculiar.» (1)

O Estatuto supremo em vigor não traz, em verdade, a marca inconfundível de uma perfeita sintonia com o problema de nossa gente, e revelando transigências, estas não correm parelhas com as de

1) Waldemar Ferreira — O problema do Trabalho na Constituição Brasileira de 46, in Direito vol. LII, pag. 7.

1934. As diferenças para com aquela são abundantes e poder-se-ia enumerar as principais na ordem seguinte: 1º — no art. 4º, u'a mais decisiva afirmação de «meios pacíficos de solução dos conflitos, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe: art. 5º — uma realidade maior das atribuições da União; art. 7º — uma discriminação mais técnica da competência da União para intervir nos Estados; art. 29 — maior ampliação da capacidade tributária dos Estados; art. 37 — equiparação da qualidade legislativa do Senado à da Câmara; 60, § 1º — restabelecimento do número de 3 senadores por Estado, situação alterada pelo art. 89 da Constituição anterior; art. 81 — eleição do Vice-Presidente da República; art. 82 — aumento do prazo presidencial para 5 anos; art. 94 — inclusão dos juizes e tribunais do trabalho no Poder Judiciário; art. 103 — criação do Tribunal Federal de Recursos, com jurisdição especializada aos casos de interesses da União; Título V do Cap. II — ampliação do limite ao direito de propriedade em face ao «interesse social»; art. 146 — a intervenção da União no domínio privado tendo «por base o interesse público»; art. 153 — nacionalização «dos recursos minerais e de energia hidráulica; art. 157 — início de uma socialização da riqueza; art. 158 — o direito de greve; art. 168 — a fixação de normas para o ensino, em geral, na República; art. 199 — valorização econômica da Amazonia, e do Noroeste (art. 198) e finalmente, o art. 195 — § único, a permissão própria do regime federativo, de cada Estado possuir seus símbolos próprios.

O Estado erigido pela Carta de 1946 é realmente democrático, mas o é também social. Nenhum povo poderá mais, nos tempos modernos, refluir às fontes originais do liberalismo enciclopedista e o diploma relativo à ordem econômica e social na Carta de 1946 (Tit. V — art. 145 e segs.) representa o equilíbrio das forças produtoras e exprime uma po-

lítica de justa e moderada intervenção no interesse privado, até onde o exijam interesses maiores.

Não resta dúvida que a Constituição é uma média do pensamento brasileiro. Já vimos em capítulos anteriores que «as constituições são o reflexo do seu tempo social e das condições gerais de vida que porporcionam a sua evolução», e nem poderiam elas ser institutos inamovíveis, pois seriam fautoras de revoluções pela necessidade incoercível de constantes transformações sociais. Assim, e neste presuposto, as Constituições rígidas devem limitar, tènicamente, a sua estrutura ao traçado das grandes linhas gerais dos poderes governamentais.

Jimenez de Azúa, citado por Waldemar Ferreira observa que «hoje em dia Constituição significa a pugna entre a técnica e a ânsia popular. Tènicamente, ela não é mais do que peça para que confluem dois expedientes máximos: o que, desde tempos muito antigos, se vem denominando de dogmática — a declaração de poderes, e o que, ademais, serviu de ensejo para a batalha do povo contra a técnica, ansioso por ver consagradas suas aspirações e programas, como superlegalidade indestrutível a qualquer momento pelos desvarios dos legisladores ordinários.» (2)

Eduardo Espinola, em estudo sobre a organização constitucional do Brasil, refere que: «as constituições políticas, quer na conceituação «doutrinária, quer nas realizações práticas, «encerram grosso modo, quatro ordens de «disposições: 1) as que estabelecem a «posição do Estado, sua organização uni-«tária ou federativa, a forma do governo. «2) as que se destinam a organizar racio-«nalmente os poderes públicos e determi-«nam as suas funções, num exercício har-

2) Luiz Jimenez de Azúa — La Constitution de la Democracia Española y el Problema Regional — ed. Losada, pag. 22.

«mônico, visando o interesse geral; 3) as
«que reconhecem, proclamam e asseguram
«os direitos individuais designados como li-
«berdades públicas, pondo assim o indiví-
«duo ao abrigo dos excessos e do arbítrio
«do poder público; 4) as que atendem, ao
«mesmo tempo, ao interesse da coletividade
«e ao do indivíduo, firmando os princípios
«básicos de certas instituições sociais co-
«mo a família e a propriedade, ou regulan-
«do a ordem econômica e amparando os de-
«nominados direitos sociais.»

«Quanto à primeira categoria de normas, o
«Estado pode ser: simples ou unitário, cons-
«tituindo uma comunidade jurídica centra-
«lizada e composto ou federal, consistindo
«numa pluralidade de comunidades jurídi-
«cas autônomas, unidas politicamente para
«a realização de finalidades comuns e para
«a representação internacional.» (3)

O Brasil evoluiu de Estado unitário-monárqui-
co para Estado Federal e a Constituição de 1946
declara explicitamente, em seu art. 1º: — «Os Es-
tados Unidos do Brasil mantem, sob o regime re-
presentativo, a Federação e a República.»

GERPE observa: — «Se puede hacer una afir-
«macion categórica. La Federación es el re-
«gime político del porvenir, y el federalis-
«mo su camino. Los antagonismos todos —
«de toda índole — que, como um cancer des-
«trutor, surge y se agitan en la sociedad
«habrán de soslayarse en fórmulas federa-
«tivas fundadas en la ecuación permanente
«entre el equilibrio social universal y la par-
«te probada del antagonismo particular.»

Mantendo a forma federativa, a Constituição
de 1946 não só atendeu às mais modernas suges-

3) Eduardo Espinola — A Organização Constitucional do Brasil, in
Direito — vol. XLI — pag. 128.

tões do Direito Público, como fez vigorar a tradição política do Brasil, sua vocação dos regionalismos autônomos, reclamada pela formação social, econômica e étnica, dê as primeiras experiências do poder de Estado nas variadas regiões da Colônia.

Mas, procurando concertar os males oriundos da longa noite anti-democrática em que mergulhou o País, com a Carta de 1937, a Constituição de 1946 não pode permitir uma classificação do Estado que erigiu. É de ver que, enquanto a Carta de 34 afirmava-se «social democrática» e regulava as relações entre o Estado, o capital e mão de obra; a de 1937, nas suas inovações da fisionomia jurídica do País, instalava um corporativismo, a de 1946 absorveu o que foi possível das duas anteriores, forçada a não diminuir as conquistas até então conseguidas, e originou um Estado produto de relativa transação que lhe outorga o título de apaziguadora, de meio termo, com frequentes contradições. Manifesta erros de rigidez, de pouca flexibilidade nas próprias peças dos poderes do Estado, e aparenta contradições chocantes com os princípios tidos como determinantes de seu conteúdo. Procura conciliar o excessivo apêgo à propriedade individual com os princípios de uma avançada tendência de socialização da riqueza. E, si na ordem econômica aí se aponta, além de outros, esse flagrante choque de princípios, na ordem política, o alheamento de cada um dos poderes do Estado às atribuições dos outros torna a máquina governamental pêca e rígida, sem possibilidade de ajustamento e flexibilidade às solicitações de uma evolução natural do domínio político do País.

Sem embargo dessas falhas, além de outras, que a experiência poderá verificar, não há dúvida que a Constituição de 1946 é fórmula democrática aplicada ao Estado brasileiro, e nem se diga que a Constituição poderá determinar a boa ou má saúde democrática da Nação. A Constituição deve ser ele-

mento vivo e o cidadão é que lhe dá alma e execução. Já dizíamos, em 1938, em trabalho sobre a Carta de 1937 (4): «A verdadeira e única Constituição real de um povo é a sua cultura e o seu carater. Sem melhorar, sem elevar a cultura e o carater de um povo, qualquer mudança de regime é apenas mudança de fachada. Quid legis sine moribus?»

O que se verificou com a Constituição de 1891, bôa e acôrde com a sua época, foi a mais barata das falsificações, pela usurpação das atribuições, predomínio de um poder sobre todos, e negação de todas as liberdades individuais, inclusive a principal — a escolha dos mandatários da Nação — o que era uma burla e um acinte à face da nacionalidade. E que a obra notável, aliás, dos constituintes de 91 excluía a realidade do ambiente nacional e legislou-se para um povo que não estava em grau de cultura acessível aos imperativos constitucionais.

Só melhor conhecendo, como assinala Montesquieu, e acentúa também Antonio Vieira, as nossas necessidades que não as dos mais povos, vendo-as, sentindo-as, auscultando-as, é que se deve produzir as normas que as regulem. Estamos certos que a Constituição de 1946 viu, sentiu e auscultou essa realidade nacional, e podemos dizer que, observando-a, com interesse patriótico de preservá-la e resguardá-la, poderá ela ter vida longa e espalhar benefícios sobre nosso povo, sob a égide de um Estado que se inspira em postulados cristãos e em princípios do bem coletivo.

4) Euclides de Mesquita — op. cit.

CAPITULO VII
AS TENDÊNCIAS DO ESTADO MODERNO

AS TENDÊNCIAS DO ESTADO MODERNO

O fim do Estado é realizar o Direito, diz Duguit. (1) As poderosas contradições da soberania absoluta do Estado em face ao Direito subjetivo do indivíduo e da auto-limitação de um poder que se proclama absoluto, não encontram explicação no terreno simplesmente formal, pois nascidas de um sentimento anterior à própria sociedade jurídica.

Os juristas filósofos, desde Rousseau e Kant, tentaram a justificação do dilema.

Mas o que não padece dúvida é que na consciência jurídica universal prevalece o predomínio dos interesses coletivos sobre os meramente individuais e afirma Duguit que «aquele que não se «quizer conformar, será obrigado a isso «pela maior força, cujo emprego se justifica para realizar-se a vontade geral ou «o sentimento quasi unânime da solidariedade.» (2)

De outro lado, o Estado não possui uma soberania absoluta que lhe permita negar os direitos naturais do homem, e, embora seja difícil justificar a soberania com a limitação do Poder, a doutrina alemã de Jellineck explica a auto-limitação do poder do Estado pelo direito originário desse mesmo Estado. O Estado, declarando o direito, submete-se também a ele.

1) L. Duguit — *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I — § 67 pags. 12/13 — apud Carlos Campos, *Sociologia e Filosofia do Direito*.
2) *Idem* — op. cit.

As dúvidas angustiosas que têm assaltado os povos na resolução de tão graves problemas de organização e ajustamento socio-jurídicos derivam, evidentemente, da crise da democracia, como meio de realização dos fins do Estado em benefício do homem.

Nunca o Estado conseguiu realizar o máximo do ideal, seja por não se adaptar sua organização ao fato político, seja pela rigidez de princípios, dificultando o jogo dos interesses comuns da política e do indivíduo. O Estado moderno procura conciliar a sua soberania com os interesses do homem pela racionalização do Poder. É a mais justa condição de co-existencia de todos os interesses e que Mirkine assinalou como processo de adaptação dos novos Estados europeus ao seu constitucionalismo.

A racionalização do poder abrange e envolve no terreno jurídico o conjunto social da vida; procura antepor o direito escrito garantidor das liberdades e garantido pelo Estado que a ele se submete, numa voluntária auto-limitação, ao fato jurídico propriamente dito, e realisa, assim, a evolução constante do Estado de direito, da democracia.

Já assinalou Mirkine que «a crise da democracia é, em nossos dias, o problema essencial da política e do direito.» (3)

Mas, a democracia não é apenas idéia formal e sabemos que ela é, em última análise: «o ambiente amplo, arejado, crítico, dialético, ativo, sonoro, onde a dignidade do homem — nos inauferíveis direitos da pessoa livre procura licitamente a felicidade ao amparo das instituições representativas.» (4)

O que se verifica é que o direito formal nem sempre correspondente à idéia social e que a juridi-

3) Mirkine-Guetzevitch — op. cit.

4) Pedro Calmon — Sentido e Interpretação da Constituição de 1946, in Direito, vol. XLI — pag. 149.

cidade nova de um fato encontra resistências poderosas no direito antigo.

Mas, si o direito é um fato social dos mais importantes, vê-se que sua finalidade precípua é realisar a possibilidade de concretização dos ideais humanos dentro das regras da equidade. E, em sendo assim, por sua vez o direito todo deveria submeter-se ao conjunto da vida social.

«Or, le droit, ensina Lachance, (5) n'est pas
«autre chose que la rectitude de l'agir dans
«ses rapports avec d'autrui. Il est donc, com-
«me la communication dont il est la mesu-
«re, quelque chose d'essentiellement dyna-
«mique: il contrate le mode de ce qu'il af-
«fecte.»

Esta reflexão leva-nos a uma conclusão da maior importância, sobre a qual nem sempre se tem meditado e que entretanto, é profundamente verdadeira, porque corresponde à realidade, já que a verdade «se definit une conformité». (6)

O direito, enfim, é u'a ação social humana. São limites realisados pelos homens. É uma medida, intrinsicamente humana, realisada pelo homem. É a limitação racional e voluntária dos atos humanos relativos à convivência no Estado. É u'a ação social humana de limitar, de medir e limitar. É u'a ação humana, pròpriamente dita. (7)

E, se o direito é u'a ação racional e voluntária, intrinsicamente humana, portanto; e se o conhecimento das ações humanas, pròpriamente ditas, deve ser iniciado pelo conhecimento de seus fins; qual é o fim do direito? quais as finalidades do Estado, realizador do direito?

5) R. P. Louis Lachance — Le Concept de Droit selon Aristoles et S. Thomas — Montreal — pag. 218.

6) Lachance — op. cit. pag. 224.

7) Idem — op. cit. — pag. 211.

Os homens sempre se unem, desde as sociedades primitivas, para alcançar um fim. Não significa essa união apenas o aspecto formal e material da unidade, mas o instinto social como meio para o fim. É certo, e a análise histórica, ao lado dos dados filosóficos, já demonstrou que o fim do homem é o Bem Perfeito.

Esta aspiração espiritual traduz-se, no plano temporal, pelo Bem Comum no Estado.

Para realizar esse fim, e preservar a sua constituição, existe a ordem da justiça, que S. Thomaz de Aquino define: «l'ordre de la justice est ce qui
«conserve le bien comum et ce qui conduit
«à son intention.» (8)

Para tornar efetivo e real esse Bem Comum, o Estado deve operar no sentido de: 1º assegurar igualmente a Utilidade Comum, que consiste no garantir às pessoas humanas, que integram o Estado, a liberdade de, espontaneamente e em grau de igualdade, procurarem alcançar o seu Bem Particular, contribuindo para o patrimônio comum.

Cathrein chama esse momento de justiça comutativa: «El Derecho correspondiente a la justicia comutativa tiene por fin la libertad e independencia de los miembros de la sociedad entre si en todo aquele que ellos pueden llamar proprio.» (9)

O Estado, ainda para realizar esse Bem Comum, deve: 2º — exigir de todos o esforço necessário para a preservação do patrimônio comum, em benefício da igualdade.

O mesmo Cathrein chama esse momento de justiça geral ou legal: «porque la ley determina en cuanto debe contribuir cada miembro a la vida colectiva y porque mueve uno a rea-

8) Idem — op. — cit. — pags. 194/195.

9) Cathrein — Filosofia del Derecho — Madrid — 1926 — pag. 74.

«lisar lo prescrito por las leyes, segun un «critério de igualdad.» (10)

Ainda o Estado, para a perfeita efetivação do Bem Comum deve: 3º — assegurar a redistribuição equitativa do patrimônio comum para proporcionar a todos o Bem pessoal mais completo possível no plano temporal.

É a justiça distributiva que o mesmo Cathrein define: «El fin del Derecho de la justicia distributiva es, por conseguinte, dar o procurar «lo suyo a cada miembro de la sociedad «frente al conjunto.» (11)

Com estes três objetos, a ordem da justiça se exterioriza, afim de conservar o Bem Comum, e assim o Direito é o Bem Comum que é a finalidade do Estado.

Na mesma ordem de idéias, Oliveira Viana afirma que o «interesse do indivíduo só fará jús a esta «proteção quando coincida com interesse «geral ou coletivo da classe a que pertence, «e um e outro com o da Nação; é o que afirma «ma o Direito Público Moderno. O Estado «é, na verdade, uma organização posta a «serviço dos interesses coletivos. Onde quer «que surja um interesse coletivo, aí deve «estar o Estado com sua ação vigilante, com «o seu direito da intervenção.» (12)

Os graves problemas sociais que o Estado enfrenta na época contemporânea só poderão receber a solução duradoura no justo equilíbrio que o Estado de direito adota e realisa, pela auto limitação que se impõe em beneficio do Bem Comum.

Procurar a solução da crise social com as experiências extremas será apenas crescer novas di-

10) Cathrein — ib. — pag. 48.

11) Cathrein — ib. — pag. 77.

12) Oliveira Viana — O idealismo na Constituição, pgs. 212/13.

ficuldades ao já cruciante problema que assoberba a sociedade moderna.

E, o que se observa é que a solução do problema social, através da autoridade ao Estado, está sendo procurada, com uma constância digna de melhor causa, exatamente onde nunca será encontrada: uma luta fanática de ditaduras, com o predomínio de um grupo social sobre os outros. As revoluções sociais que objetivarem o Bem Comum jamais terão probabilidade de conseguir êxito, e si o conseguirem, não poderão manter-se pela falta de estruturação filosófica e moral dos ideais. Daí se explica que não se conta de revolução social que vencesse e se mantivesse, a não ser uma, o Cristianismo.

E por isto que a Democracia, visando o Bem Comum, é a forma mais estável de Estado, pela acurada finalidade de atender ao maior Bem Comum possível. Resta notar que «democracia significa, «muitas vezes, não uma forma de governo, «nem uma espécie particular de constituição, mas uma condição especial de sociedade — isto é, o estado de cousas no qual «existe uma igualdade geral de direitos e «uma similitude de condições, de pensamentos, de sentimentos e de ideal. A democracia, nesse sentido da palavra, não tem nenhuma relação necessária nem com a liberdade individual, nem mesmo com o governo «popular. Ela se opõe, é verdade, a toda espécie de autoridade aristocrática, pois que «a aristocracia implica a existência de direitos desiguais e de classe, e têm por fundamento intelectual ou moral a convicção «de que as desigualdades ou diferenças que «distinguem um corpo de indivíduos de um «outro corpo são de importância essencial e «permanente. Mas, a democracia, nesse sentido, se ela se opõe ao privilégio, é... também compatível tanto com o despotismo ou

«imperialismo quanto com o governo popular ou o republicanismo.» (13)

O de que se precisa impregnar as constituições modernas é da convicção de que a sua elaboração deve revestir a forma de tradução dos anseios do povo e da Nação. Não é certo que o jurista, sem ser sociólogo, possa com tecnicismo jurídico, apenas, apresentar na ordenação jurídica do Estado uma correspondência entre o direito positivo da Constituição rígida e os problemas sociais da época e do povo. Já advertia Jimenez de Azúa que «hoje em «dia Constituição significa a pugna entre «a técnica e a ância popular. Têcnicamente, «ela não é mais do que peça para que con-«fluem dois expedientes máximos: o que, «desde tempos muito antigos, se vem deno-«minando de dogmática — a declaração de «direitos; e o que ,ademais, serviu de ense-«jo para a batalha do fato contra a técnica, «ansioso por ver consagradas suas aspira-«ções e programas, como superlegalidade in-«destrutível a qualquer momento pelos des-«vaires dos legisladores ordinários.» (14)

É verdade que no Estado de Direito, este se confunde com a sua Constituição e com ela se identifica, se integra, donde se pode concluir, com segurança que o Estado de Direito é um clima da vida nacional ordenado à base de seus fundamentos jurídicos constitucionais.

Desta simbiose, resulta que a soberania do Estado não pode mais oferecer aqueles desconcertantes desvios de finalidade que invertiam o destino dos Estados, na preservação da ordem social e na realização do maior Bem Comum.

13) Dicey — *Rapports entre le Droit et l'opinion publique en Angleterre* — p. 47.

14) Luis Jimenez de Azúa — *La Constitution de la Democracia Española y el Problema Regional*, ed. Losada, p. 22.

E, pela tendência incoercível do Estado Moderno de realizar a sua finalidade de integração do tecnicismo jurídico das constituições que lhes servem de fundamento ético e das aspirações do povo a que se destinam, o Estado de Direito será para o futuro a única modalidade de os homens evitarem as aberrações jurídicas que fazem as desgraças dos povos e das Nações.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSÕES

CONCLUSÕES

De todos os conceitos emitidos, verificamos que o Estado é necessário à ordenação jurídica e social e nem se poderia conceber a sociedade atual sem a existência das funções estatais.

Só os negadores do Direito, como vimos, numa tendenciosa adulteração dos princípios jurídicos co-existentes com o homem, negam a eficácia do Estado, a sua atribuição reguladora do equilíbrio social e, sobretudo, a sua finalidade de promover a felicidade do homem.

O Estado de Direito que é a mais perfeita e racional forma da exteriorização do Direito tem, na Constituição política, pela sua subordinação ao conjunto social, meios capazes de atingir o seu alto destino.

Nesta ordem de idéias, entendemos que cabe ao Estado fixar as normas morais que se traduzirão em realidades jurídicas e sociais.

Pelo exposto: 1º — Cabe ao Estado traçar u'a norma moral que o harmonise com a dignidade humana, e esta norma não poderá ser senão o reconhecimento de que o Estado não é um fim, mas apenas um meio para realizar a felicidade do homem, pela maior soma de Bem particular, e para que a sociedade atinja seu destino, pela maior soma possível de Bem Comum, ou como diz Tristão de Athayde, «a função primordial do Estado é garantir a

«cada homem, na ordem temporal, a realisação de sua natureza humana.» (1)

Mas, para que possa o Estado realizar esse conceito, que a Constituição que o integra na ordem social disponha sobre os direitos individuais e sociais que condicionam o grupo social a que ela pretende servir.

E esse direito não poderá ser menos que:

- 1º Respeito inconspicível à lei e garantia de sua irretroatividade, exceto nos casos em que favorece ao réu;
- 2º Direito absoluto da propriedade que só poderá sofrer as limitações impostas pelo bem público, mediante prévia e integral indenização;
- 3º Garantia ao trabalho intelectual;
- 4º Conceito da liberdade econômica e descriminação correta dos casos em que se torna necessária a intervenção estatal;
- 5º Liberdade de credo religioso ou político, sem prejuízo do reconhecimento da necessidade dos sentimentos elevados de religião no homem e sem que venha o Estado tornar-se agnóstico nas normas garantidoras desses direitos;
- 6º Organização livre do ensino, respeitadas as normas gerais comuns estabelecidas e que visem sempre o maior aperfeiçoamento moral do homem.
- 7º Redação, escoimada de expressões anfibológicas que permitam a possibilidade de cerceamento a esses princípios fundamentais à dignidade humana.

1) Tristão de Athayde, op. cit. pag. 77.

Com estas disposições, o Estado será fautor da felicidade do homem e as crises que assoberbam a sociedade serão fundamentalmente atenuadas e assim poderia o homem aspirar a realização daquilo que Sto. Thomaz de Aquino considera como que finalidade social: «ad bonam vitam multitudines insti-
«tuendum trio requiruntur. Primo quidem,
«ut multitudo in unitate pacis constituatur.
«Secundo, ut multitudo vinculo pacis unita
«dirigatur ad bene agendum... Tertia ve-
«ro requiritur, ut per regentis industriam
«necessariorum ad bene vivendum adsit suf-
«ficiens copia. (2)

2) De Regimine Principum — L. I. cap. XV.