

Constituição, seu sentido e transformações (*)

O conceito de uma norma fundamental ordenadora dos poderes políticos, nas suas funções de direção e comando das forças sociais e das relações do individuo com o Estado, surgiu e se desenvolveu no século dezoito.

Antes, a idéa de constituição aparece na Grecia com SOLON e ARISTOTELES e em Roma com a famosa *lex regia*.

Na legislação de SOLON, encontramos indeciso o conceito de uma constituição e até de tribunais para zelarem pela sua observancia e applicação.

ARISTOTELES, na "Politica", associava o conceito de constituição ao das formas do governo.

Na Idade Media, encontramos os "forais", as cartas de franquias das vilas em luta com os dominios feudais. E' nesse periodo que se acentúa o movimento das corporações em conflito com os senhores de terra, afirmando-se os estatutos e reivindicações de prerrogativas contra a absorção, não só do monarca, como dos senhores de terra.

Ha a acentuar aqui uma particularidade historica. Enquanto na França as vilas e corporações se aliavam ao Rei contra titulares "feudais", na Inglaterra os barões e as vilas se uniam para restringir as prerrogativas do monarca. E assim foi que, na França, as vilas

(*) Prova escrita, sem consulta de livros, no concurso para Direito Publico Constitucional.

Publicada novamente por ter saído, no numero anterior, com diversos erros de copia e de revisão.

e corporações lograram garantias com a oposição dos senhores de terra, verificando-se o contrario na Inglaterra, onde os barões coligados e em armas, impuzeram a JOÃO SEM TERRA a Magna Carta, estatuto que ainda hoje é considerado na historia e literatura juridica britannicas a afirmação do sentimento nacional mais vivo e do zêlo mais veemente pela liberdade, como diz BOUTMY.

Nesse documento de larga e duradoura repercussão na historia politica, ao lado das franquias e direito dos dominios feudais, aparecem as primeiras garantias do individuo com relação ao processo e julgamento, nas acusações criminais.

E' ainda na Inglaterra que, no seculo XVII, aparecem novos pactos, como o "Bill of Rights", outra afirmação de luta da sociedade britannica contra o poder absorvente e opressor da corôa ou realeza. Este pacto foi imposto pelo parlamento ao rei JACQUES II, sendo a sua causa imediata a questão religiosa, por temer o parlamento que esse monarca restaurasse o "papismo". Foi modificada a lei de sucessão e inscritas as seguintes garantias: a) não poder o Rei suspender a execução da lei, nem a impedir; b) competencia ao parlamento para decretar impostos; c) liberdade de palavra no parlamento, e, finalmente, não intervir o Rei nas eleições.

Posteriormente, no inicio já do seculo XVIII, outro pacto foi imposto pelo parlamento á Corôa. E' o pacto denominado "Ato de estabelecimento", em que foi adotada nova ordem de sucessão e consagrada a garantia de inamovibilidade dos juizes.

Finalmente, encerrando essa noticia historica dos primeiros pactos e cartas que a literatura do direito publico registra, ha ainda a notar, as cartas das colonias inglesas, na America, as quais JELLINEK considera como as primeiras constituições escritas.

O movimento filosofico do seculo XVIII e o conceito de constituição. A luta da idade média entre os dominios feudais e a realeza e entre esta e a Igreja, ou entre o poder temporal e o espiritual, operou clara diferenciação no conceito do Estado.

O poder do Estado que se desintegrava entre os

senhorios, as vilas e corporações, logrou afinal unificar-se nas grandes monarquias territoriais.

A identificação do Estado na pessoa do príncipe ou dinastia gerou o absolutismo.

Surgiu, então, um intenso e profundo movimento intelectual na defesa dos direitos do homem. Era a necessidade da limitação do poder do Estado, encarnado na realeza, que atingiu à onipotência com as doutrinas de HOBBS e BODIN.

Ressurge, então, vigorosa, na dialética dos pensadores a filosofia do direito natural que Sto. Agostinho e S. Thomás fazem remontar através de vários séculos a ARISTOTELES.

O pacto de LOCKE e o "Contrato Social" de ROUSSEAU alimentam o fogo sagrado das reivindicações. Os homens têm direitos anteriores à sociedade, que se forma por uma convenção livremente aceita por eles. Todos os homens, assim, nascem livres e iguais em direito. Não ha privilégios, todos são iguais perante a lei.

Essas idéas sopram da França e invadem todos os quadrantes da terra. Irrompeu, também, o movimento religioso, a reforma. LUTERO e CALVINO são os dois grandes rebelados. As reivindicações que eram orientadas em defesa do homem, na afirmação dos direitos naturais envolvem as próprias nações.

O principio do *self-government* parte da Inglaterra e agita os seus proprios dominios ou colonias.

As ideas, os principios, os conceitos se desenvolviam no raciocinio dos pensadores e nos panfletos e satiras, em busca de um acontecimento historico para a sua consagração revolucionaria. Uma atmosfera revolucionaria envolvia todo o mundo. Irrompe o movimento emancipador nas colonias inglesas da America do Norte. As treze colonias fundam uma confederação e fazem a declaração de sua independencia. Essa declaração é um protesto contra a metropole e a afirmação do direito das nações ou dos povos de se dirigirem a si mesmos. Esse acontecimento agita a França sob o absolutismo em luta com os estados gerais até a tomada da Bastilha e a proclamação dos direitos do Homem.

O conceito de constituição surge assim nitidamente definido, no século XVIII como um imperativo de limitação do poder do Estado, em defesa dos direitos individuais. A sua razão foi a filosofia do direito natural, o seu sentido, a liberdade individual escrita em declaração solene, como uma carta fundamental, basilar de toda sociedade política.

Origem das constituições escritas. JELLINEK, na sua tão brilhante quanto profunda monografia sobre a "declaração de direitos", filia a origem das constituições escritas á primeira declaração de direitos da Virginia. A sua conclusão assenta em larga documentação histórica e filosófica. O motivo que informa a declaração da Virginia foi, segundo JELLINEK, a liberdade religiosa, da qual foi arauto, na America do Norte, ROGER WILLIAMS. Sustenta ainda o grande professor alemão que a declaração dos direitos do homem da França foi inspirada pela declaração da Virginia, originando essa sua observação brilhante polémica com BOUTMY. Este sustenta a originalidade da declaração francesa que procede directamente do movimento filosófico do século XVIII.

O que nos interessa, entretanto, no sentido da constituição é assinalar que, no Estado moderno, ela se inicia com a declaração de direitos.

CONSTITUIÇÃO

A constituição é a ordenação normativa dos poderes do Estado nas suas funções, relações entre os poderes e o individuo. É a lei fundamental, a lei primeira, "a competência das competências", como dizem os tratadistas alemães. Ela cria o Estado de direito. Para Kelsen o Estado é um sistema de normas. A norma hipotética cria a constituição que por sua vez, organiza os órgãos do Estado com a função de criar outras normas, formando-se assim a "pirâmide jurídica".

A constituição é assim uma norma superior. O conceito da constituição está subordinado a idéa da limitação de poderes e funções.

BRYCE estudando as constituições, fixou um con-

ceito que é hoje classico. Ele divide ou classifica as constituições em constituições rígidas e flexíveis. As rígidas são as constituições escritas e flexíveis são as não escritas como a da Inglaterra.

A primeira constituição escrita no conceito moderno, como observa ESMEIN, foi a Constituição dos Estados Unidos da America do Norte. Cabe á grande republica Norte Americana não só a iniciativa de uma Constituição escrita, como o conceito da supremacia da Constituição que delimita todas as funções, inclusive as legislativas. A competencia reivindicada pela Suprema Côrte Americana para conhecer da constitucionalidade das leis, imprimiu ao conceito de constituição um sentido que ainda hoje não foi compreendido nem adotado pelas democracias do velho mundo. Ainda, agora, nas Constituições de após guerra, as nações da Europa não cederam ao principio americano, procurando, entretanto, segui-lo, por meio de um tribunal especial, chamado "Tribunal de Garantias Constitucionais". Crearam tambem as delegações legislativas permanentes com o fim de defenderem as prerrogativas legislativas e a pratica da Constituição.

E, entretanto, curioso que na França, onde o poder judiciario não pode negar applicação da lei ordinaria ou julgá-la inconstitucional, tenha surgido o conceito do "Poder Constituinte", com a função especifica de organizar constitucionalmente a Nação.

Assim, ali, como em outros países da Europa, conquanto o poder legislativo não tenha freios que o contemham dentro das funções ou competencia traçada pela Constituição, pela ausencia de um poder que julgue da validade da lei, a Constituição é norma superior, permanente e só reformavel nos termos por ela mesma prescrita. Após a guerra, houve uma reforma das Leis Constitucionais da França, incluindo-se nelas, como dispositivo constitucional, o processo para a formação de fundos especiais destinados á amortização e resgate da divida consolidada.

O tipo de constituição não escrita, tradicional formada como observam BOUTMY, LOWELL e DICEY, de tratados com a Escocia e a Irlanda, de pctos, usos e convenções é a Constituição da Inglaterra.

Ali o poder judiciario tem função excepcional. A Constituição é aplicada pelos juizes e tribunais. Julgam de acôrdo com a *common law* e a equitas. Impera a maxima "*judge made law*". A Inglaterra é assim grande exceção. Singulariza-se, nas democracias, antigas e modernas, pelo senso de governo informado por um tradicionalismo profundo. A sua filosofia é a historia e o sentido da sua constituição, o habito de ordem, da disciplina, que se adapta a todas as contingencias da sua evolução.

"A constituição, no periodo de após guerra. — A guerra originou um novo desequilibrio das forças historicas, transformando o Estado, que se vai modificando, em bases ainda indecisas, sob a ação de fatores sociais e economicos, os mais imprevistos.

As ideologias se extremam e o problema das massas continúa a desafiar a argucia dos politicos e sociologos.

As ditaduras prolongam-se, na Italia, na Russia e na Alemanha, surpreendendo a expectativas mais pessimistas.

Muitos, como KELSEN, chegam a vacilar. Diz o fundador da Escola Austriaca, hoje professor da Universidade de Colonia, em estudo recente, feito para a tradução espanhola da sua "Teoria do Estado", que o fascismo talvez seja a forma que realizará a economia dirigida.

ROOSEVELT no seu livro "Olhando para o Futuro" defendeu a intervenção do Estado em todas as esferas da economia, e, no governo, vai realizando essa intervenção com os codigos industriais, de concurrencia leal, que disciplina hoje, na America do Norte, todas as actividades produtoras.

Nesse desequilibrio, as constituições de após guerra, todas racionalizadas, como diz MIRKINE no sentido juridico, teriam de ruir pelo seu contraste com a realidade social.

Dai a derrocada das constituições alemã, polonesa, austriaca, e outras. A constituição alemã de 1919 foi a mais importante, porque representa o esforço de transigencia mais perfeito, entre as tendencias socialistas e democraticas. Ela serviu de inspiração á

Constituição espanhola. Caracteriza-se pela orientação jurídica e pela declaração dos direitos sociais. A Constituição espanhola seguiu-lhe as diretrizes fundamentais.

E' mister acentuar que, nesse longo e atormentado periodo de após guerra, o conceito de constituição não foi abolido nas suas linhas classicas. Todos os Estados, inclusive o da Russia Sovietica, subordinaram a sua organização, á normas fundamentais escritas, precisas, ordenando os poderes e as garantias sociais, nos seus menores detalhes. Pode-se dizer que uma das características formais das constituições de após guerra é a minucia, o detalhe, regulando todas as relações desde a familia até a fabrica.

O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO

Vimos que as Constituições surgiram sob o conceito de limitação dos poderes do Estado e da afirmação das garantias individuais.

A filosofia de seculo XVIII, o direito natural, foi o espirito, a idéa, os principios que informaram o movimento revolucionario que teve na revolução americana, e, depois, na revolução rfancesa, a sua grandiosa e eloquente objetivação. Posteriormente, dos meados do seculo XIX até a guerra de 1914, as instituições entraram em um periodo de repouso, em um periodo estatico, dominando o metodo que LABAND com muita propriedade chama de dogmatismo juridico. Os juristas dedicaram-se ao estudo e interpretação das Constituições. Houve o que TRIEPEL dizia ha pouco tempo, em discurso, quando de sua posse na reitoria da Universidade de Berlim, uma fuga do espirito filosofico.

O sentido das constituições era assim o dos seus proprios textos, movimentados pela doutrina e jurisprudencia dos Tribunais. O sentido era o da juridicidade. Dos fins do seculo XIX até hoje, e, principalmente, depois da guerra, quando as instituições começaram a ser abaladas em seus fundamentos, sob a pressão dos fatos sociais, em pleno dinamismo, ressurge o espirito filosofico, um novo direito natural, não baseado no individuo, mas na sociedade. E' o que GENY

chama o direito revelado pela "natureza social", que procura informar e construir outra ordem jurídica. É o positivismo jurídico que, por vezes, atinge á metafísica, ora com a norma hipotética, de KELSEN, ora com a regra social de DUGUIT.

O novo sentido de Constituição, pois, é a limitação, orientada de acordo com os imperativos da solidariedade social.

Transformações da Constituição. — As Constituições são normas superiores, permanentes, duradouras, mas não imutáveis.

As Constituições escritas, com raras exceções, estabelecem o processo em virtude do qual podem ser revistas ou reformadas. Verdade é que algumas, como a Americana, limitam a revisão, prescrevendo que não pode ser alterada a forma republicana, a federação e a igualdade da representação das unidades federadas, no Senado. Mas, em geral, as Constituições regulam a própria transformação, dentro da ordem jurídica por elas estatuida.

O processo de revisão é cercado de garantias e formalidades especiais, exigindo ora uma Convenção, ora *quorum* determinado para a iniciativa pelas Camaras legislativas ordinarias, ora, no Estado Federal, a iniciativa da maioria ou dois terços dos Estados da Federação, ora a iniciativa popular. A Constituição, como todas as construções jurídicas, ha de ser obra de adaptação. Se ha constituições escritas seculares, como a Norte Americana, é que os seus interpretes procuram dar ao seu texto um sentido sempre actual.

A Constituição americana tem sido modificada por varias emendas, mas a sua adaptação se deve á Suprema Côrte que a applica no sentido da unidade nacional ou da supremacia da União. Um dos factos mais característicos da movimentação dos textos, daquella constituição, da sua maleabilidade, ou da intelligencia dos seus interpretes, ocorre actualmente com o regimen de plenos poderes outorgados a ROOSEVELT pelo Congresso Americano. Dentro dos preceitos e mesmo do sistema construido pelos constituintes de Filadelfia, que se baseia na separação dos poderes, a delegação de funções feita recentemente ao presidente ROOSEVELT, assombraria a MARSHALL e COOLEY.

E' que as constituições escritas não têm, como diz LOWEL, professor da Universidade de Haward, a rigidez que BRYCE frizou. Elas se transformam e se ajustam de acordo com as contingencias sociais e politicas, mercê da sabedoria dos exegetas e a inteligencia dos juizes.

Encerrando o estudo das transformações da constituição, quero acentuar o movimento da historia de todos os povos: quando os factos sociais ou politicos transcendem os textos das Constituições, ou elas se transformam dentro da propria ordem juridica que estabeleceram ou serão substituidas pelos metodos ou tecnica revolucionaria.

Faculdade de Direito do Recife, em 11 de Junho de 1934.

(a) *Agamemnon Sergio de Godoy Magalhães.*