

As opiniões dividem-se e, embora pareça que negar vigência à lei não é a mesma cousa que a violar, é inegável o elevado sentido da referida decisão da 3.^a Turma, pois, como sustentou ilustre advogado, Dr. CARLOS FRÓES: “Se o Supremo não pudesse, por via de recurso extraordinário, corrigir decisões de outros tribunais do país que vulnerassem leis federais, estaria faltando à sua altíssima missão constitucional. A Federação passaria a ser mito, porque, à falta de decisão divergente, os Tribunais dos Estados interpretariam, de forma soberana, as próprias leis federais; suas decisões, por mais aberrantes que fôssem, em relação a essas leis, escapariam do controle da Suprema Corte...”.

Foi pena que tão grave problema tenha sido criado com evidente prejuízo para a Segurança e Defesa da perfeita aplicação da lei, enfraquecendo, no dizer de SEABRA FAGUNDES, o sistema de proteção dos direitos subjetivos.

Contudo, todos os louvores à Constituição de 1967, que manteve as garantias, as prerrogativas do Poder Judiciário, procurando, assim, assegurar a paz social, inclusive pelo poder de controle da constitucionalidade das leis. Tal prerrogativa não supõe a supremacia do Poder Judiciário, senão somente que o poder do povo é superior a todos os poderes, e quando a vontade legislativa manifestada na lei é contrária à sua vontade, declarada na Constituição, os Juizes devem guiar-se por esta, advertiu HAMILTON. A independência do Judiciário é indispensável para proteger a própria Constituição e os direitos individuais por ela assegurados. Esse, um dos mais valiosos progressos na prática governamental, desde que, segundo RUI, a Magistratura seja constituída por um grupo de homens estranhos aos conflitos das paixões políticas, uma entidade quase abstrata, que se move no seio dos interesses humanos, acudindo em toda a parte onde o direito cai, com o seu amparo.

E, para amparar, tem de ser forte com a única arma imaterial: a Constituição.

Mas deve ter o Juiz o poder dos sacerdotes diante das armas: o grande poder moral do raciocínio e da Justiça.

A Justiça e a Paz, a Ordem e a Justiça são os seus dois pólos, resumindo-se na “grandeza sem violência”, do ideal olímpico de GOETHE.

AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O ESPÍRITO DAS CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS

A. B. COTRIM NETO

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

1 — O interesse do estudo histórico das instituições nacionais. 2 — A Constituinte de 1823 e a feitura da Constituição do Império, de 1824. 3 — A Constituição de 1824 e a realidade brasileira coetânea. 4 — A feitura da Constituição republicana de 1891. 5 — A Constituição de 1891: federalismo artificial e presidencialismo centralizador efetivo. 6 — A feitura da Constituição de 1934. 7 — Breve crítica do diploma de 34 (legado da social-democracia perempta) e sua revogação, em 1937. 8 — A feitura da Constituição de 1946 (obra de partidos). 9 — Os vícios do diploma de 46. 10 — O descrédito universal das Constituições e a mutabilidade das instituições políticas da França. 11 — A versatilidade institucional na Suíça. 12 — A “assim chamada Constituição da Inglaterra” (Bryce): será isso uma Constituição? 13 — O conjunto das constituições editadas nas antigas colônias britânicas da América do Norte (século XVIII) primeiro diploma racional de organização política. 14 — A Constituição dos Estados Unidos de 1787, — uma constituição flexível. 15 — A Constituição dos Estados Unidos e a “Constituição” da Inglaterra têm a mesma natureza formal. 16 — A Constituição brasileira de 1967 e sua coerência essencial com o espírito do “principado”, da idade contemporânea.

1. Impossível a compreensão do regime constitucional de um país quando sua história institucional não é conhecida: tanto mais indispensável se faz esse estudo das instituições quando uma nação viveu sob os mais diversos regimes, como é o caso da França, que somente entre 1789 e 1871 — em período inferior à centúria —

conheceu-os em número superior a dez, cada um dos quais tendo duração média inferior ao decênio. Essa é observação do professor LOUIS TROTABAS, em edição recente de seu *Droit Public et Administratif*, sendo perfeitamente ajustável ao caso do Brasil, onde igualmente, em menos de século e meio de vida nacional, os mais diversos regimes se sucederam no panorama político-jurídico.

É certo que não basta, ainda de TROTABAS o pensamento, a exposição cronológica desses regimes, sendo indispensável a explicação de seus encadeamentos, e a perquirição dos elementos eventualmente constantes que nêles residam. Com efeito, sem a existência de encadeamentos sociologicamente lógicos e a constatação de elementos permanentes, nenhum regime poderá aspirar à legitimidade, que, em essência, resulta da sedimentação dos preceitos normativadores da ação institucional.

Não pretendemos, aqui, dirimir as controvérsias sôbre os elementos legitimadores da Constituição que vem de ser editada em nosso país: além de nos parecer difícil o tentâmen, na alvorada de um nôvo regime — e isso é o que realmente temos, desde 24 de janeiro, com vigência a partir de 15 de março, — êle exigirá trabalho mais ponderado e denso que êste nosso de agora.

Todavia, entendemos que uma carta constitucional sôbre que pretende fundar-se um regime só será válida, legítima, e deixará de constituir *ukase* de autoridade controversa, quando sua origem seja coerente com a história institucional de uma nação e o espírito ecumênico. Assim no estudo de como surgiram as constituições de um povo, nesse trabalho de análise histórica, e na sua colocação diante da perspectiva universal, também se estará, em certa quantidade, fazendo apreciação de elementos subsidiadores do estudo da legitimidade do regime coetâneo.

2. Primeiro nasceu o Estado Brasileiro: foi em 1815, quando pela Carta de Lei de 26 de dezembro a antiga colônia se viu elevada à condição de reino, juridicamente unido com Portugal e Algarves. Mas não havia, ainda, Constituição, que o novel Estado só a teve quando D. João VI, em abril de 1821, coagido pela opinião pública, adotou a Carta espanhola de 1812, até que se elaborasse uma para Portugal e o Brasil.

Em 26 de abril de 1821 o rei da monarquia tripla abandonou o Brasil, que ficou sob a égide regencial de seu filho Pedro; logo,

com atos que eram meros decretos, e ainda não tinham a forma de Constituição, o príncipe foi lançando as bases de um Estado brasileiro livre e soberano. — Suprimiram-se os tributos impostos ao comércio interprovincial; contra o arbítrio do Governo adargou-se o direito de propriedade; constituiu-se a liberdade de imprensa, instituiu-se o júri, implantou-se a condenação das prisões sem mandado judicial, organizou-se o Conselho de Estado: entre maio e junho de 1821, lançaram-se os fundamentos da Constituição do Império ferente, e em setembro de 1822 êste se instituía de fato. Mas desde 3 de junho de 1822 já havia o príncipe D. Pedro convocado a Constituinte, que em 3 de maio de 1823 se instalou solenemente no Rio com a *fala do trono* e as esperanças da jovem nação: presidiu a esta sessão inaugural o Capelão-mor da Côrte, D. José Caetano de Azeredo Coutinho.

A 5 de maio foi eleita a comissão que deveria elaborar o projeto ao qual o plenário em seguida discutiria. Compunham-na sete membros: Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, Antônio Luiz Pereira da Cunha, Francisco Moniz Tavares, José Bonifácio de Andrada e Silva, José Ricardo da Costa Aguiar, Manoel Ferreira da Câmara e Pedro de Araújo Lima, tendo sido atribuída ao primeiro a função de relator geral.

A Assembléa enfrentou sérias dificuldades de ordem política, e a Comissão Constitucional demoraria quatro meses para se desincumbir da tarefa que lhe fôra confiada: em sessão de 16 de agosto, interpelada sôbre a demora da entrega do projeto constitucional, a Comissão, pela palavra de seu relator-geral, pediu prazo de 15 dias para apresentação do trabalho que, assim, a 2 de setembro, já estava em mesa, com assinatura de todos os membros do grupo parlamentar.

Entretanto, tal ambiente de exaltação política se formara na Constituinte que, em mais de dois meses, ela difficilmente havia discutido os primeiros 23 artigos desse projeto da Comissão Constitucional. Como escreveria BAPTISTA PEREIRA, "os Andradas transformaram a Assembléa na Convenção francesa. Dos deputados, impressados nas suas cadeiras pela escória das ruas, que intervinha com apartes e manifestações, só se faziam ouvir os oradores que a lisonjeavam. O presidente da Constituinte chegou a declarar que não podia ouvir as discussões pela intervenção do público. E nessa atmosfera eletrizada pelo talento de Antônio Carlos, queria êste

que se decretasse de esfusio o banimento de todos os portugueses, naturalizados ou não, que estivessem no Brasil!" (*Figuras do Império e outros ensaios*, 2.^a ed., Brasiliana, pág. 162). Por demais, o projeto em causa — o informe é agora de CARLOS MAXIMILIANO — "o projeto do estatuto supremo desarmava o soberano".

Contudo, o Imperador não se acovardou: estabelecida a luta, fêz prevalecer sua autoridade e dissolveu a Assembléa em 12 de novembro de 1823, exarando no decreto adrede emitido que ela havia *perjurado*...

No dia seguinte à dissolução da Assembléa, o monarca instituiu um Conselho de Estado — naquela ordem de idéias que levara o Príncipe Regente, em 16 de fevereiro de 1822, à criação de um Conselho de Procuradores Gerais de Províncias com atribuições de Conselho de Estado, — integrado por dez membros, "no qual deviam ser tratados os negócios de maior monta, e especialmente para organizar o projeto de Constituição" (VISCONDE DE URUGUAI, *in Ensaio sobre o Direito Administrativo*, ed. Imp. Nac., 1960, pág. 151) (1).

Segundo informa CARLOS MAXIMILIANO, o projeto elaborado por tal Conselho foi quase integralmente aproveitado de um trabalho de Martim Francisco de Andrada, descoberto pela polícia entre os papéis confiscados à loja maçônica "Apostolado": ali estava a idéia, em contrariedade do ponto de vista de José Bonifácio, da criação do Poder Moderador, uma vez que êsse Andrada era discípulo de BENJAMIN CONSTANT, publicista então em grande voga

(1) O projeto elaborado pelo Conselho do Estado, assinado em 11 de dezembro de 1823, e submetido à consideração do Imperador, era assinado na ordem e pelos dez nomes seguintes: João Severiano Maciel da Costa, Luiz José de Carvalho e Mello, Clemente Ferreira França, Mariano José Pereira da Fonseca, João Gomes da Silveira Mendonça, Francisco Villela Barbosa, Barão de Santo Amaro, Antonio Luiz Pereira da Cunha, Manoel Jacinto Nogueira da Gama, José Joaquim Carneiro de Campos.

A obra dêesses homens mereceu o aprêço excelente da Monarquia, o que se exprime, inclusive, nas benesses nobiliárquicas com as quais os distinguiu. Acompanhando-se a relação dos signatários, receberam êles os títulos seguintes: Marquês de Queluz, Visconde de Cachoeira, Marqueses de Nazaré, de Maricá, Conde de Fanado, Marqueses de Paranaguá, de Santo Amaro (José Egídio Alvares de Almeida assinou o projeto como "Barão de Santo Amaro", o que já era; posteriormente foi elevado ao viscondado e, afinal, ao marquesado), de Inhambupe, de Baependi, e de Caravelas.

Segundo depõem muitos publicistas, como BAPTISTA PEREIRA e PEDRO CALMON, foi Carneiro de Campos o principal responsável na elaboração da Carta do Império.

(*Comentários à Constituição Brasileira*, ed. Livraria Globo, P. Alegre, 1929, págs. 26/27). Acrescenta a essas observações o eminente MAXIMILIANO que "a obra dos dez conselheiros, ou, melhor, do jurista entre os Andradas, era bem superior à da Constituinte"; esta, tendo pretendido diploma liberal, ao melhor estilo da época, não admitira aquêlo Poder Moderador, malsinado, enquanto vigente, mas ao qual é inegável dever-se tanto na preservação do poder central e da unidade do país, numa época em que as nações latino-americanas se dissolviam no caudilhismo.

Foi êsse trabalho que se transformou na Constituição do Império, a qual vigeria até 15 de novembro de 1889, tendo sido jurada, outorgada e promulgada por D. Pedro I no dia 25 de março de 1824.

Entretanto, precedendo a outorga, o Imperador submeteu o projeto, que tivera redação final elaborada pelo Conselho de Estado, à apreciação das Câmaras Municipais, não havendo porém aguardado que tôdas se manifestassem, nem o submetendo a outra Constituinte, — seu propósito inicial das razões expostas no preâmbulo, assim: "Fazemos saber a todos os nossos súditos que, tendo-nos requerido os povos dêste Império, juntos em Câmaras, que nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o projeto da Constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembléa Constituinte; mostrando o grande desejo que tinham de que êle se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dêle esperarem a sua individual e geral felicidade política: nós juramos o sobre-dito Projeto para observarmos e fazermos observar, como Constituição que d'ora em diante venha a ser dêste Império; a qual é do teor seguinte: (.....)".

3. O Diploma de 25 de março não terá sido, contudo, uma peça jurídica fundada na realidade nacional: segundo OLIVEIRA VIANA, criando um Estado *Nacional* de feição democrática, ela atribuiu aos brasileiros o encargo de constituírem os podêres públicos *locais*, como os *provinciais*, além dos *nacionais*, com o pressuposto de possuírem, os cidadãos, consciência dos seus interesses, o que então não ocorria. — A Constituição foi, por isso, "uma construção política inteiramente artificial, uma espécie de República dos Pássaros de Aristófanes" (V. *Instituições Políticas Brasileiras*, ed. José Olímpio, Rio, 1949, vol. I, pág. 345).

Ainda mais, e a crítica é agora do inolvidável TAVARES BASTOS — essa Constituição “atara as províncias à Capital do Império; os conselhos legislativos que criara não tinham competência própria e definitiva; seus atos dependiam afinal do governo supremo ou do parlamento” (*A Província*, 2.^a ed., Brasileira, 1937, pág. 88).

Tudo isso é certo, no plano das concepções político-jurídicas abstratas, onde tem exatidão o registro de OLIVEIRA VIANA, e procede a crítica de TAVARES BASTOS. Contudo, na ausência de um espírito nacional, daquele *complexo afetivo* que fornece o cimento para a caracterização “institucional” de um Estado, da observação de HAURIOU ou de BURDEAU, deveríamos — e repetimos o próprio OLIVEIRA VIANA — “devíamos ter sucumbido na desorganização, na desordem, na anarquia geral”, se não houvéssemos implantado “no Centro, no Rio, um Rei com o seu poder centrípeto e a sua autoridade carismática” (ob. cit., págs. 372/3).

Dessarte, havemos como improcedente a censura do centralismo imperial da Carta de 1824, e o preconício da descentralização, em que tanto enfatizou TAVARES BASTOS, empolgado pelos exemplos forasteiros dos Estados Unidos, do Canadá, e da Austrália: nosso autor não atentara para o fato de que essas nações cresciam sob o impulso dinâmico com que as formara a matriz britânica, no apogeu da sua vitalidade física e espiritual, enquanto, nós, os ibero-americanos, éramos rebentos de nações na linha descensional de seu ciclo histórico.

A increpada hipertrofia do centro inscrita na Constituição de 1824, onde, a par de uma democracia formal, se organizou uma aristocracia centrifugante, foi precisamente o que nos preservou da desgraça hipano-americana: os antigos vice-reinados da monarquia hispânica, alcançada a independência, deixaram-se embriagar por aquelas idéias que haviam empolgado a Norte-América e a França, ao limiar da centúria precedente, sem atentar para as condições sociais de seus povos. — Com isso — observa eminente publicista mexicano, JOSÉ DE VASCONCELOS, — a América espanhola substituiu o sentido imperial de sua história, por um “*provincialismo ramplón*”: “Entre todos os latinos, só o Brasil conservava a cabeça, preparava-se para se beneficiar da desorganização geral, e logrou, em sua oportunidade, aumentar seu território, enquanto nós oferecíamos os nossos aos pedaços” (*in Breve História de México*, ed. Continental, México, 1956, pág. 255).

O espírito e a letra da Constituição brasileira de 1824, imperial por excelência, foi o legado benemérito que devemos à sabedoria ou à intuição dos que a redigiram.

Com o “Ato Adicional” de 12 de agosto de 1834, criando os legislativos provinciais, cujas tendências perigosamente autonomistas logo foram coarctadas pela “Lei de Interpretação” de 12 de maio de 1840, chegamos àquele ideal de *desconcentração* que nos permitiu institucionalizar a nação precária organizada em Estado no ano de 1815.

4. Cumprida sua missão histórica, feneceu o Império: em 15 de novembro de 1889 foi proclamada a “*República federativa*” pelo Decreto n.º 1, emitido por Governo Provisório que se instalou no país.

Pouco depois, pelo Decreto n.º 29, de 3 de dezembro do mesmo ano, seria nomeada uma Comissão para elaborar o projeto de Constituição a ser presente no *Congresso Constituinte*, já convocado para 15 de novembro de 1890: integravam-na os Drs. Joaquim Saldanha Marinho, como presidente, Américo Braziliense d’Almeida e Mello, como vice, Antônio Luiz dos Santos Werneck, Francisco Rangel Pestana e José Antônio Pereira de Magalhães Castro (cf. JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, ed. Cia. Lito-Tipografia, Rio, 1902, pág. 6).

O resultado dos trabalhos do grupo designado, após discordâncias afinal confluentes num projeto, foi publicado como obra do Governo, pelo Decreto n.º 510, de 22 de junho, e, depois de algumas revisões subseqüentes, pelo Decreto n.º 914-A, de 23 de outubro, ambos de 1890.

Para muitos, o projeto de Constituição submetido à Constituinte republicana terá sido obra de RUI BARBOSA, à época membro do Governo: entende MAXIMILIANO que tal não procede, havendo RUI, simplesmente, lavrado os Decretos ns. 510 e 914-A, e feito retoques no texto — “admirável”, para o jurista em citação, — elaborado pela Comissão. De qualquer modo, um e outros “foram profundamente influenciados pelo exemplo norte-americano” (CARLOS MAXIMILIANO, ob. cit., pág. 89).

Instalou-se o Congresso Constituinte em 15 de novembro, ainda de 1890, elaborando prontamente seu regimento, elegendo o Dr. Prudente José de Moraes e Barros seu presidente, e, após, a “*Co-*

missão dos Vinte e Um", a qual emitiria parecer sôbre o projeto constitucional do Governo Provisório. Tal comissão, integrada de representantes de cada um dos Estados e do Distrito Federal da novel federação, teve esta composição, segundo a escolha feita no dia 22 de novembro: Manoel Francisco Machado, Lauro Sodré, Casemiro Junior, Teodoro Alves Pacheco, Joaquim Catunda, Amaro Cavalcânti, João Soares Neiva, José Higino, Gabino Besouro, Manoel de Oliveira Valadão, Virgílio Damázio, Gil Goulart, Bernardino de Campos, José B. Laper, Ubaldino do Amaral, Lauro Müller, Júlio de Castilhos, João Pinheiro, Lopes Trovão, Leopoldo de Bulhões e Aquilino do Amaral. O Presidente do Congresso convidou a Comissão a instalar-se imediatamente, e suspendeu os trabalhos do Congresso até que ela officiasse à Mesa, comunicando haver elaborado seu parecer: dezoito dias depois, isto é, a 10 de dezembro, eram reiniciadas as atividades da Constituição, tendo sido, no expediente da sessão, lido o parecer da comissão especial sôbre o Projeto do Governo Provisório, o qual ela submetia "à consideração e aprovação do Congresso Constituinte" (a tal parecer foi juntado um avulso da "*Confrontação da Constituição com as Emendas*", emendas por ela aprovadas, rejeitadas ou tidas como prejudicadas).

Dirigida pela energia de um presidente acatado por seus pares, a Constituinte republicana terminou sua atividade em pouco mais de três meses, dela resultando a Carta de 24 de fevereiro de 1891, que legitimou a República e a Federação do pronunciamento de 15 de novembro de 1889.

5. Sob inspiração das idéias francesas, lançadas em 1789 e sedimentadas umas vêzes ou exarcebadas outras, fizera-se a Constituinte de 1823, agitara-se a Constituinte, desacreditara-se essa Assembleia: ainda com o mesmo alimento doutrinário, agora coordenado para adaptação aos resíduos do *Ancien-Régime*, por êsse serviçal de todos os monarcas que a França teve durante sua vida, — de Napoleão a Luís Felipe, — e que foi BENJAMIN CONSTANT, se fez a Constituição de 1824.

Não obstante, o pensamento político e as fórmulas do regime imperial do Brasil, nascido francês, cedo passaram a ter a Inglaterra como norte magnético: os juristas e os homens de governo do II Império só pensariam ou agiriam à inglêsa, e eram britânicos os autores de suas preferências, a começar por BAGEHOT, a quem

NABUCCO dedica apaixonado capítulo em *Minha Formação*. Isso tinha explicação, porque em nenhum outro centro se desenvolveria melhor, nem mais eficientemente se realizavam as práticas do *governo de gabinete* do que na Grã-Bretanha vitoriana.

Éxules da realidade sociológica indígena, também os homens de 1890/1891 talhariam uma Carta federal com moldes forasteiros, agora da América do Norte: mas, se a modelação fôra alterada, a vivência institucional persistiria ao estilo anterior, com aquela hipertrofia do centro que tantos pensadores nossos maldisseram. "Continuamos a ser, como povo-massa, sob a Carta de 91, o mesmo que fomos sob a Carta de 24: conduzimo-nos sempre, não de acôrdo com o que estas duas Cartas, de inspiração exótica e peregrina, estabeleciam e mandavam; mas de acôrdo com o nosso tradicional direito-costume (...), com pequenas modificações, impostas por alterações substanciais de nossa estrutura de povo..." (OLIVEIRA VIANA, ob. cit., vol. I, pág. 355). Significa isso que a realidade telúrica falava mais alto que os documentos escritos, os quais, apesar da correção formal e da beleza de concepção doutrinária, aberravam das condições sócio-culturais do nosso meio.

Nessas condições, talvez a Carta de 1824 haja sido mais condizente com aquêle "direito costumeiro" autóctone, de que nos fala OLIVEIRA VIANA: o centralismo atendeu à realidade como à necessidade históricas, embora contingentes, do país. E as alterações de Gabinetes, se correspondiam a meros expedientes do Poder Moderador, usados para dissimular o exercício do Poder Monárquico sem contraste, bem serviam para dar fisionomia de legitimidade a êste Poder discricionário, quiçá arbitrário, todavia conveniente, como para contribuir à formação de uma escola de estadistas no pobre meio cultural do Brasil.

Já a Constituição de 1891, implantando um federalismo artificial, se atendia às aspirações regionalistas cujas vozes se alteavam, particularmente ao fim da Era Imperial, exacerbou os males do localismo: ela só não redundou no fracionamento da nação porque — à margem de sua letra, ou do seu espírito, — fêz recair o contrôle do Governo federal naqueles *mais dignos* de exercê-lo, isto é, nos homens do eixo Minas-São Paulo, efetivamente o cerne da nacionalidade, por essa época.

A Constituição de 24 de fevereiro correspondeu, efetivamente, ao ingresso do regime nacional no padrão ordinário da América

Latina, isto é, na cópia do sistema político dos Estados Unidos, assinalada, ainda em recente data, pelo professor MAURICE DUVERGER (*in Instituciones Políticas e Derecho Constitucional*, ed. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 350). Contudo, e DUVERGER igualmente tal observa, “na aplicação prática da Constituição e da vida política concreta”, as diferenças entre os regimes latino-americanos, inclusive o brasileiro da época da Carta de 91, e o regime norte-americano são de molde a não possibilitar nenhum confronto.

A ausência de partidos nacionais, refletindo a inexistência de uma consciência política plasmada no espírito público, tornaram mais inoperantes os instrumentos bem debuxados da Carta de 1891, e reduziram sua duração a escassos quatro decênios, nos quais a inquietação política foi a constante do regime republicano. Interrompeu-se, dessarte, aquela ordem interna que o Império assegurara, e que durara praticamente o meio século do segundo reinado.

Só não correu maiores riscos a nação entre 1891 e 1930, porque, apesar de seus vícios, a Lei da República não deixara de manter forte o poder central, melhor dito, a autoridade do Presidente da República: êste recebeu o legado de autoridade do Imperador, e ficou sendo — a expressão é de BARBALHO — “o chefe político, civil e militar da nação, o maior quinhoeiro do poder político” (ob. cit., pág. 158). Com sua audiência de constitucionalista eminente, e de antigo constituinte, JOÃO BARBALHO foi assaz prestante, ao início da República, como um defensor extrênuo do Executivo forte, a ponto de escrever, no fastígio do pensamento liberal do Brasil, que “na prática de nosso regime constitucional deve se banir tudo quanto possa embarçar ao Executivo a decisão expedita, ação pronta e segurança inquebrantável com que lhe cabe desempenhar sua missão” (*id., ib.*): a obra de homens como êle foi elemento eficiente da salvaguarda do interesse nacional, que o nefelibatismo da Constituição não era idôneo para preservar.

6. Por volta de 1930 havia tormenta no quadro político do Ocidente: a consolidação do regime soviético abalara a segurança das convicções liberais desta fração do mundo; por outro lado, malferidas com a propaganda do fascismo, implantado na Itália em 1922, agora estimulada por crise econômica universal, as instituições inspiradoras de nossa Carta de 1891 entravam em crise, com repercussão no Brasil.

Depois do breve período de *Governo Discricionário* conseqüente do movimento revolucionário de 1930, cuidou-se da elaborar nova constituição para o Brasil. Chegara-se ao entendimento de que fazia mister a mudança do diploma político da República, em virtude de ter envelhecido o sistema no qual, teòricamente, se fundara aquêle vigente até recente data.

Porisso, com o Decreto n.º 21.402, de maio de 1932, o Chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas, instituiu Comissão Constitucional para elaborar um anteprojeto de Carta que seria apresentado à Assembléia Constituinte de futura convocação: em 9 de novembro, ainda de 1932, tal Comissão se instalou, havendo concluído seus trabalhos após demorados debates.

No dia 16 de novembro de 1933, foi realizada a 1.ª sessão ordinária da Constituinte, que se instalara a 10 e elegera Antônio Carlos, da velha cêpa dos Andradas, para presidi-la: nesta data se anunciou o recebimento do anteprojeto de Constituição elaborado por juristas designados pelo Chefe do Governo, e se anunciou a Comissão Constitucional escolhida pelos líderes da Casa para estudo do trabalho referido, e sua ulterior remessa ao plenário. Integraram essa Comissão Constitucional: Cunha Mello, representando o Amazonas; Abel Chermont, Pará; Adolfo Soares, Maranhão; Pires Gaioso, Piauí; Valdemar Falcão, Ceará; Alberto Roselli, Rio Grande do Norte; Pereira Lira, Paraíba; Solano da Cunha, Pernambuco; Manoel da Cunha Monteiro, Alagoas; Deodato Maia, Sergipe; Marques dos Reis, Bahia; Fernando de Abreu, Espírito Santo; Raul Fernandes, Estado do Rio; Sampaio Corrêa, Distrito Federal; Odilon Braga, Minas Gerais; Cincinato Braga, São Paulo; Domingos Velasco, Goiás; Generoso Ponce, Mato Grosso; Antônio Jorge, Paraná; Nereu Ramos, Santa Catarina; Carlos Maximiliano, Rio Grande do Sul; Cunha Vasconcelos, Território do Acre; Vasco Toledo, pelos empregados; Euvaldo Lodi, pelos empregadores; Levy Carneiro, pelas profissões liberais; e Nogueira Penido, pelos funcionários públicos (os cinco últimos deputados faziam parte da representação classista, introduzida pela primeira vez no Parlamento brasileiro).

Após muitos meses de discussões, nas quais se destacaram as contribuições eruditas de Levy Carneiro e Agamemnon Magalhães — cada qual demonstrando maiores conhecimentos sôbre as consti-

tuições da Europa do período subsequente à 1.^a Guerra Mundial — tivemos, enfim, a Carta.

7. Dêsse Diploma fundamental, promulgado aos 16 de julho de 1934, pouco haverá para dizer, senão que seus elaboradores buscaram inspirações no pensamento social-democrático, do qual a Constituição alemã de 1919 tinha sido a mais bela flor. Entretanto, não se levava em conta que a social-democracia, após a defenestração do marxismo, rapidamente perimira, e que a própria Carta de Weimar já desaparecera com a implantação do nazismo, em 1933.

A tibia acomodação que se controvertia no Velho Continente, entre o estilo da democracia sufragista e a democracia mediévia do estamento profissional, e conciliação de certo modo tentada na constituição republicana alemã de 1919, igualmente estêve presente no Estatuto brasileiro de 1934, em vários de seus dispositivos, e, particularmente, na comissão de deputados eleitos pelo sufrágio universal com os deputados classistas.

Não surpreende, assim, que êsse Estatuto tenha durado tão pouco; êle foi, aos três anos de vigência, substituído por Carta outorgada, editada em 10 de novembro de 1937. Esta, que se pretendeu seria o fundamento de um nôvo regime, embora houvesse sido elaborada para tal fim, jamais entrou em efetivo vigor, descumprida mesmo pelos seus fautores, os próprios aos quais cabia implantá-la.

8. A demolição de alguns regimes ocidentais que haviam proclamado o Estado Forte, que tinham repudiado a liberal-democracia e a pluralidade partidária, repercutiria no Brasil, pela convocação de uma nova constituinte em 1945. No dia 1.^o de fevereiro de 1946 tal assembléia se reuniu, ainda no Rio de Janeiro, tendo sido eleito seu presidente o Senador por Minas Gerais, Mello Viana.

Desta feita, contudo, ao revés do que ocorrera quando da primeira e da segunda constituintes republicanas, não houve projeto-base de comissão preorganizada, embora tivesse sido apresentado um trabalho do professor SAMPAIO DÓRIA, Ministro da Justiça à época da convocação da Constituinte. Inicialmente rejeitado êsse trabalho, a elaboração de anteprojeto logo teve de ser feita por uma Comissão Constitucional à qual presidiria Nereu Ramos, e seria integrada por delegados partidários, — experiência nova, no Brasil, — assim: Vice-Presidente (o Presidente era da bancada do

Partido Social Democrático) — o representante da União Democrática Nacional, Prado Kelly; Relator-Geral — o pessedista Cirilo Júnior; Membros pessedistas — Agamemnon Magalhães, Ataliba Nogueira, Ivo de Aquino, Clodomir Cardoso, Eduardo Duvivier, Adroaldo Mesquita, Silvestre Péricles, Costa Neto, Magalhães Barata, Gustavo Capanema, Souza Costa, Atilio Vivacqua, Benedito Valadares, Graccho Cardoso, Acurcio Tôrres, Flávio Guimarães; Membros udenistas — Mário Mazagão, Aliomar Baleeiro, Ferreira de Souza, Milton Campos, Argemiro Figueiredo, Edgard Arruda, Hermes Lima, Flôres da Cunha e Soares Filho; Membros do Partido Trabalhista Brasileiro — Baeta Neves e Guaraci Silveira; Milton Caíres de Brito, pelo Partido Comunista do Brasil; Artur Bernardes, pelo Partido Republicano; Arruda Câmara, pelo Partido Democrata Cristão; Café Filho, pelo Partido Republicano Progressista; Raul Pila, pelo Partido Libertador; Deodoro de Mendonça, pelo Partido Popular Sindicalista.

Os estudos e debates na elaboração da Carta fundamental durariam perto de oito meses, só se concluindo as tarefas da Constituinte em 18 de setembro, igualmente de 1946, quando foi promulgada a Constituição.

9. Documento amplo, casuístico, como já o haviam sido as Constituições de 1934 e de 1937, a de 1946 foi, entretanto, a maior de tôdas. Apenas em sua parte fundamental, sem considerar o *Ato transitório*, ela contava 222 artigos.

Cheio de vícios, êsse documento mereceu bem cedo a increpação da melhor parte da inteligência do país. Podem ser excusados — é certo — os constituintes que a elaboraram, pois, segundo escreveu SEABRA FAGUNDES em 1956, “surgindo ao término do chamado Estado Nôvo (a Constituição), havia de ressentir-se de defeitos, ora resultantes do propósito de reação à Ditadura, ora conseqüentes da adoção de inovações que, não tendo podido amadurecer pelo debate, suprimido sob o Governo pessoal, transplantaram-se de chôfre, da concepção teórica ao plano das normas positivas” (*in Reformas Essenciais ao Aperfeiçoamento das Instituições Políticas Brasileiras, Rev. de Direito Administrativo*, n.º 43, de 1956). Todavia, de qualquer modo, ao terminar o primeiro quadriênio de sua vigência, o Ministro da Justiça, dêsse período, do Governo Dutra, Bias Fortes, advertia — ... “com a atual Constituição o Brasil é ingover-

nável”, — palavras que pouco depois seriam reafirmadas pelo Presidente Café Filho, quando exclamou que, sob tal Lei Suprema, lhe parecia “quase impossível governar” (*apud* SEABRA FAGUNDES, *id.*, *ib.*).

Múltiplos remendos foram tentados, para tornar viável a Constituição de 1946, tanto que, entre dezembro de 1950 e maio de 1966, vinte emendas ela recebia.

Pertencem, agora, à história as crises políticas e sociais dos vinte anos que durou o diploma, a cada uma, quicá, correspondendo uma emenda. Entretanto, os vícios do documento de 46 eram realmente insanáveis, os mais relevantes — e que nunca foram abordados — sendo os que colocavam a Carta em descompasso com a linha do Governo contemporâneo: as restrições ao poder legiferante do Executivo, e a condenação formal do exercício, em favor do mesmo, da delegação.

10. Com efeito, temos que a grande razão da crise contemporânea do constitucionalismo reside no tardigradismo notório de ação do Poder Legislativo, e de operação do Poder Executivo. A morosidade do primeiro faz com que o segundo, compelido pelos reclamos sociais, lhe usurpe funções, assim gerando litígios de toda ordem, com danosas repercussões para a paz social. — Esse espetáculo é universal, como é universal o descrédito das constituições que, por isso, têm vida cada vez mais curta.

Poder-se-á, eventualmente, opugnar tal observação com o exemplo da Constituição americana, que em poucos anos será bicentenária, ou com o da Constituição não escrita da Inglaterra, que se dá como mult centenária ou, mesmo, com o da Constituição Suíça: deixamos à parte essas observações, merecedoras de comentários particulares, que logo faremos, pois esses países são realmente modelos pela estabilidade política e social.

A parte isso, no que tange às demais constituições, de países da Europa Ocidental ou da América Latina, o visto não traduz confiança nos diplomas rígidos, como é marcante no caso da França.

Excetuados os Estados Unidos, onde as antigas colônias se deram constituições escritas antes, até, de organizarem sua união federal, a França foi a nação que primeiro codificou num diploma seu direito fundamental. De como o fez, e qual o resultado, a história o registra: a França teve constituições em 1791, em 1793, em

1795; teve a Carta do Consulado decenal, de 28 de dezembro de 1799, a do Consulado vitalício, de 4 de outubro de 1802, e a do Império, o “senatusconsulto” orgânico de 18 de maio de 1804, que, embora conservando o título da *République Française*, deu-lhe um “imperador dos franceses”, o Bonaparte... E isso não foi tudo: ainda sob o domínio de Napoleão, informa-nos MARCEL PRÉLOT, “constantemente modificadas, muito parcialmente aplicadas, as instituições napoleônicas jamais adquiriram verdadeira realidade” (*Précis de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1948, pág. 133).

Mas prossegue a ciranda francesa de “constituições”, ou *cartas* ou *atos* (os nomes variaram sempre): houve a outorgada em 4 de junho de 1814 por Luiz XVIII; houve os 100 dias e a *benjamine*, isto é, o *Ato Adicional às constituições do Império*, redigida por BENJAMIN CONSTANT e promulgada em 23 de abril de 1815; vieram as modificações fundamentais trazidas em 1830, com a monarquia semi-revolucionária de Luís Felipe. Em 1848, no tumulto de uma segunda edição condensada dos acontecimentos de 1789, foi editada outra Constituição republicana (da chamada II República), presidencialista, à qual logo se seguiu a constituição outorgada e plebiscitada de 1852, que restabeleceu outro Império, sob outro Bonaparte.

Cai Napoleão III, e se faz nova Constituição — mais uma vez republicana — em 1875 (III República); em 1940 são os atos constitucionais de Vichy, sob a ditadura virtual de Pétain; em 2 de novembro de 1945 outra “lei Constitucional”, provisória, e a Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, antes que se tivesse chegado à Constituição da V República, em 4 de outubro de 1958, obra do General de Gaulle, que aliás já foi emendada em 18 de maio de 1960, em 28 de outubro de 1962 e em 30 de dezembro de 1963...

Não obstante essa longa série, nós poderíamos apresentar um bem maior número de diplomas fundamentais que vigoraram em França, entretanto por tão curto período, ou tão descumpridos, que nem merecem apreciação: por exemplo, a *Constituição senatorial*, de 6 de abril de 1814, feita quando do primeiro apeamento de Napoleão Bonaparte, e denominada *constitution de rentes*, consoante informa PRÉLOT, dado que sua única finalidade foi a manutenção dos membros do Senado vitalício, de criação napoleônica, e a preservação da hereditariedade da investidura; e as leis constitucio-

nais *de transação*, emitidas entre a deposição de Napoleão III (1870) e a edição do diploma da III República, em 1875.

Acreditamos poder afirmar que nenhum país tanto usou de Constituições rígidas, e nenhum as fez tão contraditórias em seus conteúdos, quanto essa França, dominadora absoluta no campo do pensamento moderno, porém tão perturbadora dos espíritos, pelos exemplos mal edificantes, de total ausência de firmeza política e institucional.

Sob muitos aspectos, neste concernente, a pátria de MONTESQUIEU se nos apresenta como a Grécia clássica que, se dominou o mundo antigo no plano cultural, não chegou jamais a construir um sistema político exemplar.

11. É escusado buscar no mundo contemporâneo um modelo de constituição estável, rígida ou não, seja ela. Existem, sim, nações que se apresentam como extraordinários modelos de estabilidade social e política, no ambiente conturbado do período histórico convencionalmente chamado Idade Moderna, que se abre com a Revolução de 1789: citamo-los já, precedentemente, como sendo a Suíça, a Inglaterra e os Estados Unidos. — Porém, das respectivas constituições, de sua fixidez e estabilidade, o mesmo se não pode dizer.

No que concerne à Suíça, levou séculos seu crescimento e transformação em Estado, no sentido coevo: por volta dos séculos XIII/XIV, quando do mais aceso das lutas dos primitivos cantões contra a Casa D'Austria, os Habsburgos, não existia uma nação integrada, desde que aquelas comarcas, os *Waldstätten*, apenas se uniam por juramento de defesa comum, donde surgirem — para efeito exterior — como uma *Eidgenossenschaft*. Isso ainda persistia no século XVIII, quando a confederação embrionária inspiraria os fundadores da nação americana, no momento de aglutinar as três antigas colônias da América do Norte para a luta contra a metrópole britânica.

Mas o processo de unificação dos cantões, a passagem do estágio confederal para a federação — que na América do Norte durou oito anos (1781-1789), — levaria cinco séculos, na Suíça, onde somente em 1798 o país se deu uma Constituição, assim mesmo inspirada na carta republicana francesa de 1795: não obstante, e a observação é do historiador suíço WILLIAM MARTIN, “em nenhum momento a república helvética foi considerada pelos suíços

como um governo nacional” (...); “o regime helvético (de 1798) foi um artigo de importação e permaneceu totalmente estranho ao país”, desde que impôsto pelos exércitos franceses, em vias de penetrar no território vizinho (*Histoire de la Suisse*, Payot, Lausanne, 1963, págs. 186/7).

É possível que se deva fixar em 1848 a data da transformação da Suíça em Estado federal, em um verdadeiro Estado nacional, apesar da persistência do vocábulo “confederação”, para indicar o tipo de laços unificadores das regiões tradicionais. Nesse ano, quando se extinguíam as lutas sucessionistas conhecidas como a revolta do “*Sonderbund*”, uma Nova Carta foi promulgada, fortalecedora do poder central, especialmente em matéria de correio, transportes, e legislação do comércio. Entretanto — ainda de MARTIN o registro — “um dos artigos que mais eficazmente contribuíram para a unificação do país, se bem que de maneira pouco aparente, foi o que submetia as constituições cantonais à garantia federal”, o que pouco a pouco levaria à supressão das diversidades jurídicas dos mesmos cantões (ob. cit., pág. 264).

Contudo, êsse diploma ainda se revelou insuficiente para realizar a unidade nacional desejada. Ele não era suficientemente enérgico no dotar de fôrça o governo federal; e a guerra franco-prusiana de 1870, com subsequente implantação da unidade alemã, revelou a importância do binômio *um direito — um exército*. — Por isso, em 19 de abril de 1874, o referendo popular aceitou a profunda reforma constitucional que lhe foi submetida.

Deve-se esclarecer, todavia, não ter sido tranqüila a imposição da autoridade federal sôbre as veleidades de quase-soberania de certos cantões: muitas emendas constitucionais se fizeram mister para elidi-las, bastando dizer-se que apenas entre 1879 — data da primeira — e 1925, 26 delas foram promulgadas (MARTIN, ob. cit., pág. 277); ao mesmo tempo em que extrênuo trabalho de construção legislativa e jurisprudência se elaborava, para instalar a prevalência do sistema jurídico do centro (a propósito, veja-se o exuberante material contido nos 4 volumes de L. R. DE SALIS, publicádos sob o título *Le Droit Fédéral Suisse*, ed. Wyss, Berne, 1892, *passim*). Não obstante, como em 1876 exprimiu o Conselho Federal, “nos têrmos do título e do art. 1.º da Constituição Federal, o título oficial do nosso Estado federativo é *Confederação Suíça*” (SALIS, ob. cit., vol. I, pág. 1).

Ocorreu, porém, que o diploma de 1874 fôra editado quando o pensamento liberal se encontrava no apogeu. Com o transitar dos anos subseqüentes, malgrado os acréscimos e alterações, e a construção jurisprudencial, êle se tornaria incômodo, por sua desatualidade flagrante: “O Governo e o Parlamento tinham plena consciência do conflito nascido entre a lei, que era sua obra, e a constituição, que era sua Carta. Não acreditavam poder conformar sua ação legislativa aos preceitos de uma filosofia econômica que se tornava cada dia mais estranha para êles, e não querendo, nem podendo, persistir indefinidamente numa via contrária à lei suprema (...), se encontravam empolgados pela necessidade de revisão” (RAPPARD, *apud* MANOEL GARCIA-PELAYO, *in Derecho Constitucional Comparado*, ed. Rev. Ocidente, Madri, 1964, pág. 538).

E surgiu, por isso, a Constituição de 1947, que — observa, ademais, PELAYO (ob. cit., pág. 546), — significou a passagem decidida, da Suíça, para o campo do “Estado interventor, na esfera econômica, abrindo caminho para a planificação econômica, e coroando, assim, tôda a série de reformas que, neste sentido, havia sido processada desde 1874”.

Por acréscimo, a Suíça contemporânea envereda pela senda do fortalecimento rígido dos vínculos federais, a tal ponto que não será estranho prever-se um futuro unitário para a nação: “Hoje, a maior parte das inovações constitucionais consistem na outorga de largas atribuições ao poder central, o qual, em seguida, encarrega os cantões de exercer uma parte delas, em seu nome e por sua conta” (v. MARTIN, ob. cit., pág. 342).

Frente a essas razões, não há que falar-se em estabilidade constitucional na Confederação Suíça, onde a versatilidade institucional, a mudança reiterada da lei básica, é o espetáculo sistemático, também verificado nas alterações da legislação supletiva, e até na prática (pelo Poder Executivo, segundo PELAYO refere) de um Direito de Necessidade, que pode ser emitido ainda *contra constitutionem*...

12. Porém a Inglaterra não é, igualmente, exemplo de estabilidade constitucional. Muitos, de fato, têm essa idéia, entretanto uma idéia falsa, nascida da generalizada ignorância que reina entre nós sobre o regime britânico.

A constituição inglesa é o arquétipo dos diplomas flexíveis, isto é, dos que podem ser reformados pelos mesmos órgãos, e obedecidos os mesmos processos usados na legislação ordinária. Foi precisamente o exemplo de seu país que inspirou a JAMES BRYCE a famosa distinção das constituições entre *rígidas*, aquelas formadas com critério racionalista, e *flexíveis*. Aliás, foi também o consagrado autor de *The American Commonwealth* quem nessa obra escreveu que “a assim chamada Constituição da Inglaterra consiste largamente de costumes, precedentes, tradições, concepções, frequentemente vagos e sempre flexíveis” (ob. cit., ed. Putnam’s, N. Y., 1959, vol. I, pág. 18).

Semelhante flexibilidade técnico-jurídica da Constituição possibilita, igualmente, uma grande flexibilidade política, visto inexistirem obstáculos jurídico-formais para sua adaptação às novas situações, que as circunstâncias cambiantes da vida social apresentam em cada momento histórico.

Tudo isso é muito prático, e pode até ser muito útil na regência das ações de um povo como o inglês, dotado de excepcional experiência de vida pública, em pelo menos sete séculos e meio transcorridos da assinatura da *Magna Carta*. Mas será isso uma *constituição*?

A propósito, é ilustrativo o que escreve um professor da Universidade de Glasgow, S. B. CHRIMES, logo à abertura do capítulo I de sua *English Constitutional History* (Oxford Univ. Press., 1947): “O direito e a prática constitucional da Inglaterra de hoje são largo tema, de tal arte que uma descrição geral dêles encheria volumes de consideráveis dimensões. Muitas exposições idôneas dêsse direito e prática constitucionais têm sido redigidas por advogados e outros técnicos, alguns de grande peso e autoridade, porém não existe uma só dentre elas que apresente a matéria no quadro de critérios imperativos e rigidamente legais. Não existe nenhum documento ou disposição ao qual possamos indicar e dizer *esta é a constituição inglesa*, como ocorre em muitos países possuidores da chamada *constituição escrita* (...). Na Inglaterra inexistente um único documento capaz de servir de base ao que é legal, e pôr de parte o que é ilegal, convencional ou usual. O direito constitucional inglês tem de ser buscado num sem-número de diferentes fontes” (pág. 5). E, noutro trecho: “Segue-se, de tudo isso, que nada de rígido ou estático existe na Constituição inglesa: nada assen-

tado ou declarado em qualquer sacrossanto documento, nem subordinado a qualquer processo especial de emendação. Tudo pode ser mudado ou modificado em qualquer sentido, pelo processo legislativo ordinário, reformado em qualquer ponto por um ordinário Ato do Parlamento, deliberado pelas vias ordinárias. Os juizes podem aditar e até modificar as leis, por suas decisões mais recentes. Convenções podem ser criadas em decorrência de novas circunstâncias e entendimentos. Desta forma, a Constituição inglesa se adapta às necessidades e condições mutáveis, assim conservando sua flexibilidade e mantendo os princípios do crescimento orgânico” (pág. 9).

Outro professor, agora oxfordiano, e moderníssimo, D. C. M. YARDLEY, em obra de 1964 (*Introduction to British Constitutional Law*, 2.^a ed., Butterworths, Londres, 1964, pág. 2), assim define esse diploma a que BRYCE se referiu como *the so-called Constitution of England*: “Os preceitos de nossa Constituição devem ser respiçados (“*gleaned*”) no meio de vasta massa de materiais-fontes, que, englobadamente, formam o corpo inteiro do direito da Inglaterra, Escócia e Irlanda do Norte. Este direito é parcialmente derivado dos costumes, porém, principalmente, de fontes escritas, especialmente do rol de cousas julgadas, de leis, e, ocasionalmente, da obra de juristas, embora êstes últimos sejam trazidos à colação apenas quando inexistentes outros elementos de orientação para os tribunais”.

É evidente, portanto, não se poder falar em constância de um diploma constitucional, quando só existe um sistema jurídico ordinário, desatado de subordinação a qualquer lei fundamental, de grau superior na hierarquia dos preceitos normativadores.

Costuma-se, nos freqüentes panegíricos do Direito Constitucional inglês, citar MONTESQUIEU, na longa referência que a ela fez, no capítulo VI do livro XI de seu *De l'Esprit des Lois*. — Todavia, desde 1748, ano da publicação desta obra — há pouco mais de duzentos anos — pelo menos duas alterações essenciais padeceu o regime constitucional da Inglaterra, de tal forma que êle não será reconhecido nas páginas do irreverente autor das *Cartas Persas*.

Realmente, pela segunda metade do século XVIII vigeu na Inglaterra um poder monárquico bem forte, tão forte que serviria de inspiração ao presidencialismo americano, o qual normalmen-

te é apontado como correspondendo a um governo de monarca temporário.

Segundo nos informa CHRIMES (ob. cit., págs. 172/3), exercendo em sua plenitude “*rights of patronage*”, uma espécie de liderança universal, influente até sobre os Comuns, que seria prerrogativa do rei, George III dominou o Governo — “preferindo ser seu próprio *chief minister*” — e até o Parlamento. — Acrescenta CHRIMES, a essas considerações, que “ao fato de suas condições de dirigente (“*powers of management*”, de George III) não serem iguais às suas qualidades de estadista, a Constituição dos Estados Unidos deve sua origem”.

Foi precisamente êsse desastroso exercício de um poder monárquico incontrastável, da parte do rei inepto, que, à longa distância, enrijeceu a posição do Parlamento, consolidando a independência dêste ramo, dando origem à tomada da administração pelo Gabinete escolhido no seu seio, e colocando o dinasta na posição de mero símbolo do Estado (CHRIMES, ob. e pág. cit.).

No período que flui entre nossos dias e os fins do século XVIII muitas transcendentas alterações padeceria, portanto, o regime constitucional britânico.

Se tomarmos três pontos de referência histórica, 1765, 1865, e os anos mais recentes, o quadro dessas modificações poderá assim resumir-se: na primeira data, WILLIAM BLACKSTONE publicou seus famosos *Commentaries on the Laws of England*, no qual incluía uma descrição do sistema constitucional contemporâneo, sem qualquer referência ao Gabinete; em 1865, quando WALTER BAGEHOT iniciou a publicação dos artigos mais tarde reunidos em volume que intitularia *The English Constitution*, os princípios do Governo de Gabinete se tinham desenvolvido, a tão alto grau, que formaram o tema dominante de seu estudo; e os anos próximos de nós, por outro lado, têm sido ocasião de não menores transformações institucionais. — Assim, *ad exemplum*, ocorreu essencial modificação no papel da Casa dos Lordes, que se minimizou até perder quase tôda importância como segundo ramo do Legislativo: conforme escreveu YARDLEY, “é claro que sua vontade não pode prevalecer sobre a dos Comuns”, a ponto de haver uma franca tendência, da parte dos Lordes, de se descarregarem de suas funções parlamentares (ob. cit., pág. 20). Ademais o sufrágio foi concedido a tôda a população adulta, consoante as idéias democráticas modernas; final-

mente, ocorreu “enorme ampliação de poderes do Executivo” (CHRISMAS, ob. cit., pág. 188).

Com efeito, a expansão do Poder Executivo é a mais característica das transformações verificadas na Inglaterra, em detrimento, até, do Parlamento que, por todos os séculos da vida nacional, tanto se esforçou pela conquista de *soberania*. Salienta o citado professor CHRISMAS ser manifesta lição da história inglesa “que um excessivo crescimento do Poder Executivo é inimigo das liberdades do cidadão”, e exprime, também, ser — pelo momento — imprevisível como se há de estabelecer o equilíbrio dos poderes, em seu país, nesta circunstância.

Em 1929, Lord HEWART, então *Lord Chief Justice* na Inglaterra, publicou severa crítica à hipertrofia do Executivo, particularmente ao recentemente desenvolvido expediente da delegação de competência legislativa ao Gabinete ou a setores governamentais: êle vazou suas considerações na obra intitulada *New Despotism*, que causaria enorme repercussão, a ponto de fazer necessária uma réplica, saída em 1932, no *Report of the Committee on Minister's Powers* (v. YARDLEY, no cap. *Subordinate Legislation*, pág. 103 e seguintes).

O uso dessa “legislação subordinada”, ou delegada, que deve ser precedida de Ato do Parlamento (“*rule regulation*”), acrescentou uma nova fonte ao direito positivo inglês, até então adstrito à “*statute law*”, oriundo do Poder Legislativo, e à “*common law*”, do Judiciário, principalmente, e resultou — ainda de YARDLEY a nota — das exigências da vida moderna. É certo que o Parlamento tem procurado controlar, para limitação de eventuais abusos, a emissão dos “*statutory instruments*” (térmo coletivo que abrange as “*Orders in Council*”, *id est*, os decretos baixados pelo Gabinete, e as “*regulations*”, os regulamentos, os decretos baixados pelas autoridades departamentais ou ministeriais), inclusive através de um *Select Committee on Statutory Instruments*, criado na Casa dos Comuns em 1944; de qualquer modo, com ou sem tal contrôlo, o Executivo britânico adquiriu dimensões novas, absolutamente exorbitantes de tudo o que a história moderna registra naquele país.

Mais uma vez, portanto, a “assim chamada Constituição da Inglaterra” foi modificada, o que não é de estranhar-se, pois, talvez antes de ser algo *flexível*, a “constituição” britânica será um mero

sistema de “convenções”, fluídas e com sanções difusas, algo predominantemente ético, mais que jurídico.

13. Entre o segundo e o terceiro quartéis do século XVIII a obra dos enciclopedistas repercutia no campo intelectual de todo o Ocidente. A par disso, pensadores políticos ou satírico-políticos, como MONTESQUIEU, ROUSSEAU e, finalmente, VOLTAIRE, abalaram os fundamentos dos despotismos iluminados, com imensa repercussão nos continentes europeu e americano.

Foi nesse momento, precisamente, que George III surgiu no palco da política inglesa, com sua tentativa de restabelecimento de anciãs prerrogativas monárquicas, o que, se na Grã-Bretanha operaria reação contrária a seus desígnios, nas colônias da América do Norte deflagaria a secessão.

É assaz conhecida a história das constituições rígidas, isto é, escritas, que as colônias britânicas do continente americano resolveram elaborar, antes mesmo da “Declaração de Independência” de 4 de julho de 1776. Vieram em seguida os “Artigos de Confederação”, firmados em 1777 (mas vigentes em 1781), e, finalmente, a “Constituição dos Estados Unidos da América”, obra de 1787, porém *in force* apenas a partir de 30 de abril de 1789, a qual, com as 24 emendas que lhe seriam acrescentadas, vige teoricamente até os dias atuais.

A importância dessa Carta, para o nosso tempo, é excepcional: ela, como o conjunto de constituições de cada uma das antigas colônias britânicas da América do Norte, desde a de New-Hampshire (de 6-1-1776, anterior mesmo à Declaração da Independência, emitida em 4 de julho desse ano), foi o primeiro documento em que o homem lançou um conceito racional de organização política. Nella se continha o que viria a ser o plano de todas as subseqüentes constituições rígidas das nações: a divisão de poderes, a proclamação da soberania de lei, e a distinção entre os poderes constituinte e constituídos, do mesmo modo que nítida divisão entre parte orgânica e parte dogmática, com uma tábua dos direitos dos cidadãos, a qual vai inspirar a Declaração dos Direitos francesa, de 1789, e, por intermédio desta, o constitucionalismo moderno.

É curioso notar que, em sua parte fundamental, a Constituição americana resultou das inspirações de MONTESQUIEU (seu *Esprit des Lois* fôra divulgado pouco antes), apesar do ideólogo do

século XVIII tanto haver exaltado a “constituição” da Inglaterra, a cujo regime os “*founding fathers*” opugnavam. E mais curiosamente, onde os constituintes enfatizaram seu regime, na separação dos poderes, o inspirador MONTESQUIEU parece ter transmitido errônea impressão do sistema inglês (2).

Não nos importa, contudo, aqui fazer apreciação dos elementos históricos da Constituição dos Estados Unidos, e sim, tentar analisar — ainda que perfunctôriamente — as causas de sua quase bicentenária duração.

14. Impressiona, de fato, que lei de tanta significação, como é uma Carta Magna, possa viger tanto tempo, praticamente imutável na sua redação (3). Não se há de dizer que isso resultará do caráter excepcional de um povo: os americanos têm mostrado tanta volubilidade, no trato de suas constituições (no caso dos Estados), quanto os mais volúveis dos latino-americanos. — Para chegar-se

(2) Com efeito, é de BRYCE a referência ao fato de que os constituintes americanos “tiveram por seu oráculo de filosofia política o tratado de MONTESQUIEU sobre o espírito das leis que, publicado anonimamente em Genebra, quarenta anos antes, granjeara imensa autoridade em ambos os lados do oceano. MONTESQUIEU, confrontando as liberdades públicas e as liberdades privadas dos ingleses com o despotismo da Europa continental, tomara a Constituição da Inglaterra como seu modelo, e situara na divisão das funções legislativa, executiva e judiciária, que ele observara nela, seu mérito maior, ao qual um sistema de freios e equilíbrios (“*checks and balances*”) parecia preservar. Nenhum princípio geral exerceu tanta influência sobre os construtores e estadistas da América quanto o dogma de que a separação dessas três funções é essencial para a liberdade” (*The American Commonwealth*, cit., págs. 17/18).

Mas tudo isso fôra produto de um equívoco, indica YARDLEY, pois a pretendida separação dos três poderes fundamentais, apontada na Constituição inglesa, resultara de “*mistaken interpretation*” de MONTESQUIEU (ob. cit.,

Aliás, BRYCE também aponta outro equívoco dos constituintes americanos: eles se teriam detido na teoria vigente da Constituição inglesa, teoria que estava muitos anos atrasada da prática. Eles se deixaram impressionar pela ação de George III, o qual, abusando do poder monárquico, não procedia em coerência com circunstâncias ordinárias (*id.*, *ib.*).

Assim, parece que as inspirações teóricas, e práticas, dos “*founding fathers*”, ou “*framers*”, da Constituição americana, conquanto alimentadas por generosidade, teriam sido fruto de equívoco, dêles ou de suas fontes.

(3) Até hoje essa Constituição recebeu apenas 24 emendas, a última das quais recém-promulgada, agora em 1967. Temos de convir que isso não é demasiado, sobretudo quando se sabe que as dez primeiras foram elaboradas logo nos primeiros anos seguintes à edição do Diploma, especialmente visando atender exigências dos Estados, formuladas à oportunidade de sua ratificação. Essas 10 referidas emendas não tiveram, à época, numeração, e já estavam tôdas em vigor a 15 de dezembro de 1791, isto é, 33 meses após a vigência da Constituição. Daí por diante foram sendo mais dilatados os interlúdios das emendas, sendo que a 11.^a só prevaleceria, após ratificação pelos Estados, em janeiro de 1798.

a essa conclusão, basta o exame da obra organizada por W. BROOK GRAVES, *Major Problems in State Constitutional Revision* (ed. Public Administration Service, 1960, págs. 102/3), onde é visto um quadro das revisões constitucionais dos Estados-membros da União, entre 1946 e 1956, inclusive: a Georgia emendou 193 vezes sua Carta, no decênio: a Luisiana, 166; a Carolina do Sul, 106; Alabama, California, Flórida, Maryland, Nova Iorque, Rhode Island, Texas, e outros, cada um emendou sua constituição dezenas de vezes, no período... (4).

A razão da permanência da Constituição americana de 1789 nos parece resultar de um fato simples: é que, fugindo do casuismo, os constituintes de 1787 preferiram redigir um documento declaratório de princípios gerais, muito ao feitio romântico dos escritores políticos do século XVIII. Antes de uma Constituição rígida, o diploma em referência é flexível, pela razão de poder suportar as mais contraditórias interpretações, a “construção”, conforme a nomenclatura usada. Citemos um exemplo, que temos como dos mais ilustrativos. — Em 22 de abril de 1793, irrompendo guerra entre a França e a Inglaterra, o Presidente Washington emitiu uma “Declaração de Neutralidade” — embora evitando o uso do vocábulo “neutralidade” — onde exprimiu a intenção de seu país no “adotar e perseguir uma conduta amigável e imparcial para com as potências beligerantes”: tanto foi suficiente, informa o professor BERNARD SCHWARTZ, da Universidade de Nova Iorque, “para levantar a primeira grande controvérsia constitucional na história da República” (*in A Commentary on the Constitution of the United States*, ed. Mac Millan, N. Y., 1963, vol. II — *The Powers of Government* — pág. 172); à liça do debate público, através da imprensa, desceram, entre muitos outros, JAMES MADISON, argüindo a inconstitucionalidade da manifestação presidencial, e ALEXANDER

(4) Na obra coletiva organizada por GRAVES, a qual citamos, é impressionante a reunião de dados sobre a volubilidade constitucional dos Estados da União americana. Vejamos alguns: a Constituição de Luisiana, que é de 1921, já tinha sido emendada 326 vezes até 1960; a Constituição de Nova Iorque, de 1894, que padeceu um “*rearrangement*” (uma espécie de *consolidação*, e não uma alteração formal e sistemática) em 1938, apenas no decênio 1946/1956 recebeu 45 novas emendas; além da referência por nós feita, no texto, às centenas e dezenas de emendas trazidas a certas constituições de Estados, nesse período decenal, as constituições do Alabama, da Flórida, de New Hampshire, de Nova Iorque, do Oregon e do Texas estão funcionando com mais de 90 emendas, cada uma, e a da Califórnia com mais de 370 (ob. cit., pág. 24).

HAMILTON, sustentando sua idoneidade, em face do diploma federal. Não obstante, a mesma Constituição, que há mais de 150 anos permitia controverter-se uma declaração de neutralidade da parte do Presidente, mais tarde — embora seu artigo I, seção 8, atribua ao Congresso “declarar guerra”, — viria a ser o estribo para que esse Presidente engajasse as forças da nação, numa “*full scale military intervention*”, em guerras virtuais, como contra a China, em 1900, o México, em 1913, ou na Coréia, em 1950 (v. SCHWARTZ, ob. e vol. cits., págs. 196/7).

O resultado efetivo dessa evolução, no concernente à ampliação dos poderes presidenciais, está naquilo que GARCIA-PELAYO assinalou: não há Chefe de Estado nem de Governo democrático dispondo de tão amplas faculdades, em matéria de política exterior, quanto o Presidente dos Estados Unidos (ob. cit., pág. 386).

Contudo, isso, tal fortalecimento dos poderes presidenciais além de qualquer previsão dos “*framers*”, não se exprime apenas no plano das relações exteriores. Aquêlo anseio de soberania que levou os membros da federação à exigência da 10.^a Emenda, segundo a qual os poderes não delegados aos Estados Unidos seriam reservados aos Estados, como a previsão de HAMILTON, de que seria mais fácil aos governos estaduais invadir a esfera do governo federal (*The Federalist*, XVII), pela distribuição de competências inscrita na Constituição, acabaria em resultados invertidos, mercê da construção da Suprema Côrte e da imposição das conjunturas políticas.

O fato da Constituição Federal ter sido “sacralizada” — segundo observaria RAYMOND ARON — não impediu a “personalização do poder” no Presidente da República, que durante êste século teve acrescidas consideravelmente suas atribuições (*in Essai sur les Libertés*, ed. Calman-Lévy, Paris, 1965, págs. 159, 168, *et passim*). A letra do diploma, que inicialmente colocava sua tônica na rígida delimitação dos três elementos em que dividia os Podêres do Estado, e na distribuição das competências governamentais pelos Estados-membros, padeceu a primeira implícita e fundamental alteração quando — ainda na segunda metade do século XIX — a União prevaleceu na regulamentação do comércio interestadual. E, outra vez, já no limiar do século XX, em 1890, no rumoroso “*Neagle case*”, quando o Presidente teve seus poderes extraordinariamente ampliados, sempre com o entendimento que antes for-

talecera a União em detrimento dos Estados: sua autoridade incluirá o poder de tomar tôdas as medidas não proibidas pela Constituição ou pelas leis, e que se mostrem necessárias e adequadas à execução das leis do país (“*which shall be necessary and proper for carrying into execution...*”) (SCHWARTZ, ob. e vol. cits., páginas 63/2). — Como se observa, a regra dos “podêres implícitos” que, com a 10.^a Emenda, se implantara para o fortalecimento dos Estados, foi anulada pela cláusula do que fôsse “*necessary and proper*” para o cumprimento da finalidade dos poderes da União (art. I, seção 18 da Constituição), tendo sido executada ao reverso.

Não se faz mister, aqui, o desenvolvimento das discussões em que nos Estados Unidos se empenham juristas e tribunais sôbre o poder de elaboração de leis que terá o Presidente, de elaboração por sua própria ação, além do poder de colaborar no processo legislativo: é indubitável que, teoricamente, só os *representantes* eleitos pelo povo têm o poder de legislar sôbre um “*statute*”, uma lei com sanções impositivas. Mas desde que se inventou o expediente da delegação do Legislativo, ademais do “tremendo crescimento” da legislação delegada nos Estados Unidos, o Presidente — “*on his own*” — constantemente emite prescrições com o sentido e a repercussão de leis (SCHWARTZ, ob. e vol. cits. págs. 75/6).

Nos dias fluentes, com efeito, a autoridade do Presidente dos Estados vai tão longe que os vetustos temas das *prerrogativas* do monarca, e de seu arbítrio na apreciação das medidas de necessidade (*Presidential emergency power*) ou no julgamento de sua ocasião e de sua proporção, tornaram-se freqüentes na jurisprudência e na doutrina americana (5).

Contra o sonho das leis perpétuas, que o romantismo jurídico inspirava no século XVIII, e mesmo nos primórdios do XIX, falou mais o fato da vida social, exatamente como JEFFERSON o imaginara, ao proclamar que nenhuma sociedade pode fazer uma constituição ou uma lei perpétua, desde que o Criador fêz a terra para o uso dos vivos e não o dos mortos...

(5) Pela clássica definição dos *Commentaries*, de BLACKSTONE, a “*prerogative*” é “aquela especial proeminência que o Rei tem, sôbre e acima de tôdas as outras pessoas, e fora do curso ordinário da *common law*, como direito de sua dignidade legal”. — Ainda sôbre esta matéria, e a “*necessity*”, cfr. SCHWARTZ, ob. e vol. cits., pág. 83.

Se a devoção do povo americano pelos seus próceres impediu a alteração formal da Carta que os mesmos lhes legaram, e se este documento chegou a alcançar, na sua letra, a eminência da “sacralidade”, é fora de questão, todavia, não existir mais — em nosso tempo — com o sentido original, aquela Constituição que passou a vigor em abril de 1789. — A de hoje é outra Constituição, que a inteligência jurídica e a pressão da vida construíram com o material primitivo.

15. Segundo o professor MAURICE DUVERGER, da Faculdade de Direito de Paris, do ponto de vista material, “Constituição de um país é o conjunto de suas instituições políticas, não importando os documentos que as estabeleçam, sejam leis, regulamentos, decretos, usos, costumes, tradições, constituições escritas, etc.”; do ponto de vista formal, “Constituição é um texto especial, escrito por um órgão especial, segundo procedimentos mais ou menos solenes, contendo essencialmente as instituições políticas do país, embora não todas, necessariamente” (*Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, ed. castelhana, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 224). Para o diploma outorgado, o termo adequado — ainda é DUVERGER quem o aponta — será “Carta”, vocábulo evocador das concessões medievais de privilégios que os reis deferiam a certas cidades de seus reinos (pág. 226).

Essas considerações são, inquestionavelmente, mais apropriadas ao estudo da matéria aqui focalizada do que a classificação de BRYCE, a qual opõe as constituições *rígidas* às *flexíveis*. Assim pensamos porque, para nós, é muito difícil situar no esquema dos diplomas rígidos a Constituição dos Estados Unidos, obra sumária, a todo momento alterada na sua aplicação, através de substanciais modificações em sua interpretação: esse documento se parece muito mais com a “Constituição” da Inglaterra, enxergada, pela definição do autor de *Constitutional and Administrative Law*, o professor inglês HOOD PHILLIPS, “como o sistema de costumes e convenções que definem a composição e os poderes dos órgãos do Estado, regulam as inter-relações dos órgãos do Estado e as relações dos mesmos com os cidadãos privados” (pág. 7, da 3.^a ed., feita por Sweet & Maxwell, Londres, 1962).

Sucede, no caso da Inglaterra, que, inexistindo lei fundamental escrita, as *convenções* têm o maior relêvo como elemento de sua

Constituição, desde que as leis do sistema constitucional são modificadas como qualquer estatuto ordinário, enquanto aquêles se impõem mercê de longo uso e aceitação, inspirando ao cidadão confiança no seu resguardo “por mais impensável que alguém venha a transgredi-las” (YARDLEY, ob. cit., pág. 4). Não obstante, a realidade é que mesmo as convenções, para terem valor efetivo e ensejarem sanções nas infringências, são objeto de freqüente regulamentação legal, como YARDLEY aponta a propósito do “*habeas corpus ad subjiciendum*” (pág. 84).

A Constituição dos Estados Unidos só tem tido valor como as “convenções” do regime inglês, pelo que inspira ao sistema legal, e, como as convenções de além-Atlântico, padece freqüentes transubstanciações na sua pragmática, como assinalamos anteriormente.

A alteração *essencial* de um entendimento constitucional precedente — afora o caso inglês — só ocorre, modernamente, nos Estados Unidos, o que, a nosso ver, elide a segurança inspirada pelo documento escrito de 1787. Essa Constituição tem, dessarte, muito do sentido que apresentam a *Magna Carta*, de 1215, ou a *Petition of Right*, de 1628, e o *Bill of Rights*, de 1689, os quais são instrumentos *sagrados*, para os britânicos, porém de valor positivo mínimo: ela tem durado e ainda poderá durar séculos, todavia em cada época se apresentando com diverso entendimento.

Tal fenômeno corresponde àquela “*Verfassungswandlung*”, a *metamorfose* da Constituição, por KELSEN assinalada, e traduzida como imperceptível e paulatina modificação de disposições, mercê da atribuição de sentido diverso a palavras de texto imutável ou da formação de outra prática, na aplicação do diploma, em contradição com o texto (*Allgemeine Staatslehre*, ed. Julius Springer, Berlim, 1925, págs. 253/4).

Isso ocorre — também é HANS KELSEN quem assinala — em qualquer setor jurídico, mas inquestionavelmente é um fenômeno que se verifica em oposição à idéia da “*ewige Verfassung*”, da Constituição *eterna* (que os constituintes americanos de 1787 pareciam alimentar).

No sentido formal, quase ousaríamos exprimir que a Constituição inglesa e a dos Estados Unidos têm a mesma natureza, pois assentam em documentos semelhantes, em verdadeiros *pactos*, e, num como noutro caso, o valor material que se lhes atribui é metamorfoseado pelas convenções decorrentes de usos acomodados ao

espírito de cada época. — Não é também a *Magna Carta* — tal o texto constitucional americano de 1787, espécie de pacto ratificado pelos Estados da União, — um pacto firmado entre o Rei João e seus súditos e cidades privilegiadas de seu reino? E essa Carta Magna — documento básico da Constituição inglesa, a ponto dos publicistas do país chamarem-na de *Great Charter*, e WILLIAM STUBBS haver escrito que “a história constitucional da Inglaterra é pouco mais do que um comentário da Magna Carta” (*in The Constitutional History of England*, ed. Clarendon de 1926, Oxford, vol. I, pág. 572), — não é também um documento escrito?

Em substância, portanto, classificar de rígida a Constituição dos Estados Unidos nada exprime, pois realmente ela é um documento flexível, interpretado ao sabor dos eventos históricos, como se verificou, a seu tempo, com a *Magna Carta* e outros documentos complementares daquilo a que BRYCE muito bem se referiu como a “assim chamada Constituição da Inglaterra” (6).

Se até o título de “Constituição”, atribuído ao sistema das instituições inglesas, depende de uma *convenção*, não vemos porque haja de ser diverso o tratamento a deferir ao Pacto Federal dos Estados Unidos: êste é, sim, uma “Constituição”, porém simplesmente (como no caso da Inglaterra) do ponto de vista formal.

Ao revés, será necessário muito esforço de imaginação para classificar como diploma *rígido* a Constituição dos Estados Unidos, à qual falecem os elementos definidos, indispensáveis à normativa da vida de um povo.

(6) Em sua obra, que se tornou clássica na literatura constitucional britânica, STUBBS escreveu exatamente isto: “Como toda a história constitucional da Inglaterra é pouco mais do que um comentário da *Magna Carta*, um breve sumário dos (seus) artigos, encarados como *produto da evolução* (*outgrowth*) da história anterior, é tudo o que se faz necessário ou possível no atual estágio de nosso trabalho” (ob. e lugar cit.). E BRYCE, hoje igualmente clássico na literatura constitucional dos Estados Unidos, embora tivesse sido um escocês, sobre a Constituição americana escreveu: “A Constituição americana não é exceção da regra segundo a qual *tudo o que* (*everything*) tem o poder de conquistar a obediência e o respeito dos homens, há de mergulhar suas raízes no remoto passado, e que, quanto mais vagarosamente cresceu a instituição, tanto mais voluntária e firmemente ela será acatada. Há, nessa Constituição, pouco absolutamente novo: há muito que é tão velho quanto a *Magna Carta*” (ob. cit., vol. I, pág. 17).

E a identificação que BRYCE refere, do Pacto da América do Norte com a *Great Charter* inglesa, vai a ponto de mencionar que as 10 Emendas de 1791, impostas pelos Estados à obra dos *framers*, constituem aquilo que os americanos, seguindo venerável precedente inglês, chamam de *Bill* ou *Declaration of Rights* (ob. e vol. cit., pág. 16).

16. Os vinte anos de duração que teve a Constituição Brasileira de 1946 corresponderam a um suceder de crises, cujas causas fundamentais assentaram no clássico antagonismo entre o Poder Executivo e o Poder Representativo.

As nossas Cartas, desde aquela, frustrada, de que os Constituintes de 1823 escreveram apenas os primeiros artigos, sempre foram inspiradas nas idéias liberais de eminência da representatividade (única exceção, aliás pouco válida, é a Constituição de 1937, que nem chegou a ser aplicada), embora na realidade quase sempre tenha predominado o Executivo. Não obstante, o sistemático contraste entre a teoria da Constituição e a prática dos regimes acabou sendo fonte de notórias perturbações, objeto hoje dos assentos históricos: os órgãos representativos sempre intentariam a evicção das prerrogativas a eles asseguradas na letra da Lei.

É certo, porém, que nós não conhecemos — a não ser nos poucos meses da Constituinte de 1823 — aquela “tirania dos legisladores” que preocupava JEFFERSON, segundo correspondência célebre dirigida a MADISON, em 1789, ao início de vigência da Constituição dos Estados Unidos, e citada na parte inicial da famosa *La Démocratie en Amérique*, de TOCQUEVILLE.

Por tais considerações, não entendemos a celeuma dos que hoje se levantam contra a eminência formal deferida ao Executivo, na Constituição de 24 de janeiro. — Ainda que o fato desagrade aos nossos políticos, é inquestionável que o *liberalismo*, inspirador da pretendida ou efetiva dominação da representatividade, é um valor ideal perimido; o pressuposto de nossa época reside, universalmente, naquilo a que RAYMOND ARON chamou de *personalização do poder*, quando nós entramos na “idade do principado”, enquanto o Estado Central assume — “*de plus en plus*” — funções de gestão, os governantes poderes de decisão, e os funcionários se tornam mais competentes e prestigiosos (ob. cit., pág. 175).

Do outro lado do quadro, em nossa época, o conteúdo das controvérsias políticas vai tomando um sentido econômico-social, enquanto na vida pública se assiste ao que o referido ARON chamou de “despolitização” e “desideologização”. Por isso, o pêso dos partidos tradicionais vai perdendo relêvo, ao mesmo tempo em que preleva a influência dos grupos aos quais os cidadãos integram como produtores ou consumidores; os quadros novos são egressos do elemento ativo nas organizações profissionais, em detrimento dos

quadros partidários, ao passo da rápida urbanização, da *massificação* da sociedade: acentua-se o “declínio dos notáveis” (ARON trata do assunto no que tange à França: pág. 196), enquanto certos grupos — “que (ontem) forneciam grandes contingentes de eleitos nas precedentes repúblicas, e serviam de intermediários entre a circunscrição e a capital”, — perdem prestígio.

As liberdades, no plural, que com tôdas as suas seqüelas foram antes a palavra cabalística da vida política, liberdades pessoais, sufrágio universal, influência dos partidos, — perderam seu magnetismo, os processos parlamentares tornaram-se apenas rituais, e as verdadeiras potências governantes passaram a ignorar as cerimônias parlamentares: “o verdadeiro poder desertou das assembleias”, e mesmo na Inglaterra o fenômeno é observado, quando “a Câmara dos Comuns está em vias de conhecer aquela que foi a sorte do rei — que reina e não governa — e se transforma num símbolo, deixando de ser um centro de decisão” (RAYMOND ARON, págs. 174/5).

Todo certo conjunto de matérias inscritas na Constituição brasileira mais recente (o resguardo de certos monopólios estatais, a redução do poder de controle do Tribunal de Contas sobre o Executivo, a planificação econômica e o orçamento plurienal, etc.), significa um volume de restrições que seguem a linha universal da limitação das atribuições reais, e mesmo formais, das assembleias de representantes, notoriamente incapazes de acompanhar a andadura acelerada imposta às ações do Estado contemporâneo.

Não podemos louvar, globalmente, o diploma federal recém-promulgado: ele acabou sendo um documento cheio de contradições intrínsecas, freqüentemente ininteligível, um genuíno produto de apressados arranjos parlamentares. Mas qual obra semelhante, no mundo, se apresenta liberta dessas eivas?

Onde, todavia, não admitimos a seriedade sociológica-jurídica das impugnações à nossa recente Carta é no concernente à dimensionalização do Poder Executivo, a como êste foi organizado. Qualquer outra estruturação, fora da que se fez, estaria condenada a não persistir na prática constitucional.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES
Juiz Federal no Estado da Guanabara

Após 30 anos, extinta que foi pela Carta de 1937, ressurge renovada a Justiça Federal de primeira instância, defendida por uns, combatida por outros, e sob a indiferença de muitos, agora estruturada num sistema orgânico, que a articula com Tribunais Federais de 2.^a instância, sob o controle último do Supremo Tribunal Federal, semelhantemente ao que ocorre com as Justiças Estaduais, em decorrência do Ato Institucional n.º 2, e da Constituição de 24 de janeiro.

Volta-se, pois, à orientação adotada pela Constituição de 91, mantida pela Constituição de 1934, e da qual se afastou a Constituição de 1946, que se limitou a criar um Tribunal Federal de 2.^a instância — o Tribunal Federal de Recursos — mantendo, no mais, o sistema da Carta de 37.

É de notar, a propósito, a inexplicável contradição em que incorreu a Constituição de 1937, ao extinguir a Justiça Federal de 1.^a instância.

Numa Constituição reconhecidamente autoritária e fortemente centralizadora, como era, sem dúvida, a Carta de 10 de novembro, seria compreensível a federalização da Justiça, com o desaparecimento das Justiças Estaduais.

Extinguir, porém, a Justiça Federal, justamente quando os poderes da União Federal eram reforçados, e a Federação sofria restrições consideráveis, foi uma contradição, não estando a medida de acordo com os princípios e tendências da aludida Carta.