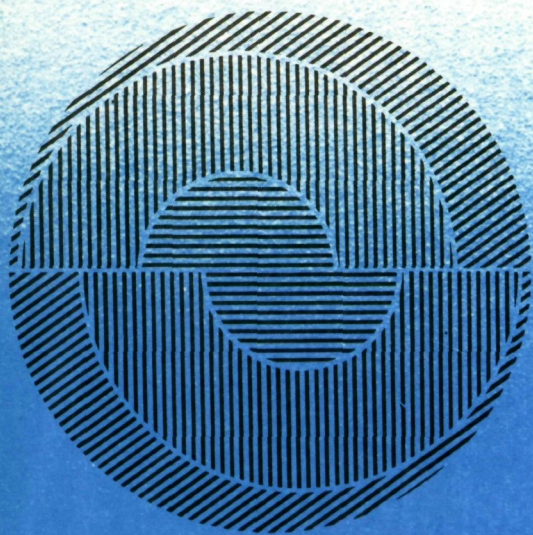


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1986

ANO 23 • NÚMERO 91

SUMÁRIO

COLABORAÇÃO	Pág.
Teoria geral do constitucionalismo — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i> ..	5
Metodologia constitucional — <i>Diogo Figueiredo Moreira Neto</i>	63
Assembléia Nacional Constituinte: a expectativa prudente — <i>Alaor Barbosa</i>	113
A Magna Carta — conceituação e antecedentes — <i>Antonio Manoel Bandeira Cardoso</i>	135
Liberalismo, propriedade e questão agrária — <i>Ronaldo Poletti</i>	141
A ordem econômica nas Constituições da República — <i>Mircea Buescu</i> ..	153
Partidos Políticos e política externa — <i>Paulo Roberto de Almeida</i>	173
Da Abdicação à Lei de Interpretação — <i>Sara Ramos de Figueiredo</i>	217
As razões e o sistema da reforma monetária — <i>Dilvanir José da Costa</i>	317
La potestad de regulación de la moneda y del crédito en un Estado federal — <i>Jesus L. Abad Hernando</i>	325
Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil — <i>Márcio Antônio Inacarato</i>	339
Grupos de empresas en la nueva legislación argentina sobre sociedades y quiebras — <i>Raul Anibal Etcheverry</i>	347
Dez anos de vigência da Lei das Sociedades Anônimas — <i>Arnoldo Wald</i>	355
Diretor de S.A. e relação de emprego — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	363
Vigiar ou ajudar os presos? — <i>Armida Bergamini Miotto</i>	399
O pensamento escandinavo a respeito de controle de crimes. Atuais correntes — <i>Inkeri Anttila</i>	407
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	419

Teoria geral do constitucionalismo

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Minas Gerais.
Livre-Docente e Doutor em Direito.

SUMÁRIO

- 1 — *Antecedentes do constitucionalismo*
- 2 — *Principais aspectos do constitucionalismo: temas fundamentais*
- 3 — *Constitucionalismo clássico*
- 4 — *Constitucionalismo social*

1 — *Antecedentes do constitucionalismo*

A elaboração de uma *Teoria geral do constitucionalismo* constitui tema essencial para a formulação dos aspectos da relação entre *Estado* e *Constituição*, tendo em vista o enquadramento jurídico dos fenômenos políticos.

As indagações sobre a *Constituição do Estado* aparecem nos autores clássicos de *Teoria do Estado*. Entendem da necessidade de todo Estado ter uma Constituição. Essa abrange os princípios jurídicos que designam os órgãos do Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, fixam o círculo de sua atuação e a situação de cada um deles no Estado.

A palavra constitucionalismo decorre das primeiras investigações sobre Constituição. O significado de "Constituição", através dos tempos, coloca-nos ao lado das investigações em torno dos clássicos gregos, com a tradição jurídico-romana, com as idéias que surgiram no medievo, com a concepção jurídica germânica e com os sistemas da "common law". ALESSANDRO PIZZORUSSO afirma que na primeira fase dos estudos de direito constitucional existe a sua vinculação com a ideologia política denominada "constitucionalismo" (1).

(1) PIZZORUSSO, Alessandro. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Il Foro Italiano, 1984, 3ª ed.

O desenvolvimento do constitucionalismo, pelos estudos de suas manifestações doutrinárias e experiências institucionais implementadas, mostra o lugar que a Constituição ocupa. A relação com as doutrinas e ideologias, que se manifestam na fixação do "Estado constitucional", no "regime constitucional", no Estado liberal, no Estado de direito e no Estado social de direito, fornece-nos os elementos essenciais da evolução do constitucionalismo, com destaque de temas como: significado da Constituição, formação da Constituição, conteúdos da Constituição, variações da Constituição, proteção da Constituição, modelos e ciclos constitucionais (2).

Esses estudos constituem o fulcro da Teoria da Constituição, relacionada com o exame da Constituição e suas implicações com a Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Estado.

Esse contato com a Teoria Geral do Direito e do Estado levará a um marco teórico básico no exame da Constituição, através do conhecimento de seus conceitos essenciais. O exame da Constituição demanda sólida fundamentação teórico-jurídica.

Os questionamentos acerca da Constituição sugerem várias indagações. Que é uma Constituição? Que função tem? Como surge?

Diversos discursos partem do exame da palavra Constituição e seus equivalentes.

Como objeto imediato do constitucionalismo está a procura do seu significado técnico e axiológico. Essa metodologia parte da averiguação de quais são os usos "paradigmáticos" da Constituição, seus usos e concepções originárias de um lado e os usos "modelos" que a palavra comporta.

As diversas compreensões que a palavra acoberta estão em ARISTÓTELES, LOCKE, ROUSSEAU, KANT, MONTESQUIEU, HAMILTON, MARSHALL, TOCQUEVILLE, JELLINEK, SCHMITT, KELSEN, LOEWENSTEIN, BURDEAU e outros.

A tarefa da política, no que ARISTÓTELES está de acordo com PLATÃO, consiste em encontrar a melhor forma de Estado. Afirmativa acolhida, também, na *Ética a Nicômaco*. Começamos por juntar

(2) VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova, CEDAM, 1981; AMORTH, Antonio. *Curso di Diritto Costituzionale Comparato*. Milano; MANNA, Giovanni. *Diritto Costituzionale d'Europa*. Nápolis, 1848; PATERNOSTRO. *Diritto Costituzionale Teorico, Pratico e Comparato*. Nápoli, 1879; McILLWAIN, C. H. *Constitutionalism and the Changing World (1917-1947)*. New York, 1939; idem *Constitutionalism Ancient and Modern (1940)*. Ithaca, 1947; DI RUFFIA, Biscaretti. *Costituzionalismo*. Milano, Ed. D. XI, 1962; MATTENCCI, N. *Costituzionalismo*, em *Dizionario di Política*, Torino, 1976.

os fragmentos bons que são encontrados nas declarações de nossos predecessores. Depois de examinar as “Constituições” que colecionamos, trataremos de averiguar que classe de coisas mantém ou destrói as comunidades e quais são as distintas “Constituições particulares”; a causa pela qual algumas são bem administradas e outras mal; após essas investigações podemos chegar a uma visão mais penetrante de qual é a “melhor Constituição”, que classe de regulações, de leis e de costumes é melhor (3).

A constatação da importância desse posicionamento leva ANDRÉ HAURIOU a afirmar que o berço do direito constitucional encontra-se no Mediterrâneo Oriental e, mais precisamente, na Grécia. Mais tarde, localiza-se em Roma. ARISTÓTELES demonstrou, em obra que infelizmente desapareceu, a existência àquela época de 158 Constituições. O diálogo entre Poder e Liberdade, constatado em outras sociedades políticas anteriores, é claro na Grécia, pelo que o publicista francês refere-se a uma “constitucionalização do poder” (4).

O sentido originário de Constituição remonta à Grécia e Roma; sob a denominação de *Athenaton politeia* conhece-se o trabalho de ARISTÓTELES em que ele analisa a forma, a estrutura e administração do governo de Atenas. A expressão é traduzida como *Atheniensium Respublica*, conhecida universalmente como a “Constituição de Atenas”. *Politeia* é traduzida pela grande maioria dos filósofos como a expressão moderna Constituição. Muitos autores escolhem como ponto de partida a análise do conceito de Constituição proveniente de ARISTÓTELES, especialmente tomando por base a descrição de uma Constituição, a de Atenas.

A palavra “politeia” refere-se à maneira de ser da “polis”, sua forma, estrutura e organização. As indicações seguintes revelam a importância da teoria constitucional grega, quando destacamos os seguintes aspectos, assinalados por ROLANDO TAMOIO Y SALMORÁN:

a) *Politeia* (Constituição) como forma de ser da “polis”: seu funcionamento indica o tipo de governo e a sua identidade com a “Constituição”.

(3) MAYER, J. P. *Trayectoria del Pensamiento Político* (Com a colaboração de R. H. S. CROSSMAN, P. Kecskemeti, E. Kohn-Bramstedt, C. J. S. Spaigge). México, Fondo de Cultura Económica, 1941, trad. de Vicente Herrero, p. 54.

(4) HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris, Éditions Montchrestien, 1970, 4ª ed., pp. 32 e ss; CLOCHÉ, Paul. *La Démocratie Athénienne*. Paris, Presses Universitaires de France, 1951; MOSCA, Gaetano. *História das Doutrinas Políticas. Desde a Antigüidade, completada com as Doutrinas Políticas desde 1914*, por BOUTHOU, Gaston. Rio de Janeiro, Zahar Editores 1958, trad. de MARCO AURÉLIO DE MOURA MATOS; MAILLET. *Institutions Politiques et Sociales de L'Antiquité*. Dalloz, 1971, 2ª ed.

b) Constituição como distribuição de funções: a Constituição (*politeia*) determina as funções dos cidadãos e estabelece a organização da “polis”.

c) Constituição como “esquema” ou “padrão ideal”.

d) Constituição como governo da “polis”.

e) Constituição como “nomos” ou conjunto de leis (nomos).

f) Constituição como legislação especial: encontra-se uma legislação denominada “Constituição”, que se pode diferenciar de outras leis.

g) Constituição como regras de competência.

A “polis” como estrutura jurídica e política foi de suma importância para a história institucional. Essa “politeia” converteu-se em paradigma, transformando-se no objeto da primeira *reflexão constitucional*.

A reflexão constitucional sobre a estrutura e função da comunidade política teve como objeto outras comunidades, com características diferentes. Mas mesmo assim, utilizaram a “polis” como tipo, ou modelo de descrição.

Em Roma, a palavra “*constitutio*” teve grande importância no direito e na jurisprudência. É efetivamente daí que provém: *constitutio, onis*. Passou a ser usada no Império do Ocidente, em Bizâncio e nos novos reinos europeus: “*Constitutio, onis, viene del verbo latino “constituere” (constituo, is, ere, stitui, stitutum)* el cual se forma a su vez, de la partícula “cum”, que significa son, y del verbo “statuere” (statuo, uis, uere, utum), que significa poner, colocar, levantar, construir, fundar” (5).

A palavra passa a ter vários significados como: Estado, postura, condição, caráter, constituição (*constitutio corporis*), disposição, ordem, organização (*Constitutio Reipublicae*), norma, estatuto, lei.

Outras palavras ajudam à compreensão de seu significado; *constitutum* (convenção, acordo, pacto): *constituere* (construir, fundar, instituir, dispor).

No que se denomina de usos forenses de “*constitutio*”, ROLANDO TAMOYO Y SALMORÁN destaca: o que se estabelece juridicamente (*constituere*) tem o sentido de criar uma situação, relação de obrigaçao jurídica.

(5) SALMORÁN, Rolando Tamoyo y. *Introducción al Estudio de la Constitución*. Tomo I. *El Significado de “Constitución” y el Constitucionalismo*. México, Universidad Autónoma de México, 1979, p. 33.

Com o tempo *constitutio* passa a indicar um ato legislativo em geral ou seu resultado: “constituere iura (ius)”, estabelecer normas. Expressão que passa a indicar todo tipo de legislação proveniente do “populus”, do pretor, do Senado, do imperador e dos juristas, inclusive o costume jurídico (*ius moribus constitutum*). No *Digesto* 1.4.1 está dito que a *Constitutio* é o que o imperador ordenava (*principi placuit*) e que tinha força ou vigor de lei, aplicada como se fora uma lei (*legis vicem obtinet*).

Para os romanos a fonte de todo direito era o *populus romanus*, inclusive o contido nos “decreta” e “rescripta” do imperador. As *constitutiones* gerais valiam como *lex* porque o “populus” assim o dissera, daí que eram obrigatórias a todos. A *publica sponsio* era um compromisso de todo o *populus* e as *constitutiones* valiam como tais.

No Império do Oriente as diversas comunidades transformaram-se em *civitas*, onde as *constitutiones* ocupam lugar de relevo na regulação do Império. Predomina aí a tendência de converter todo direito em direito legislado.

O publicista mexicano menciona as grandes coleções de Constituições: *codices gregorianus* e *hermogenianus*; e o *codex theodosianus*.

As *Constitutiones* são os instrumentos que estabilizam o direito. Esse passa a ser o instrumento típico da burocracia imperial. O velho direito criado pelo *populus* e reformulado pelas *responsa* dos juristas deixa de existir. *Constitutiones* significa o arsenal jurídico do Império⁽⁶⁾.

Ocorre significativa mudança na estrutura política do medievo, resultante da adaptação do direito público romano, influenciado pelas condições feudais, dos costumes locais e da religião cristã.

Para que a Constituição seja entendida como legislação negociada — *Pactos* — *Cartas*, com o estabelecimento de prerrogativas e obrigações entre governantes e súditos, tornou-se necessária a renovação das bases da comunidade política, ocorrida com a chegada da Idade Média. A Constituição adquire naquela época, progressivamente, o significado de legislação, que tem o objetivo

(6) FERRERO, Guglielmo. *História Romana*. São Paulo, Livraria Martins Editora, 1947, trad. de BRENNO SILVEIRA; MOMMSEN, Teodoro. *Compêndio del Derecho Publico Romano*. Buenos Aires, Editorial Impulso, 1942, 1ª ed.; PALMA, Luigi. *Corso di Diritto Costituzionale*. Firenze, Giuseppe Pellas, Editore, 1877, 3 vols.; BURDEAU, George. Une Survivance: la notion de Constitution, em *L'Évolution du Droit Public, Etudes Offerites à Achille Mestre*. Paris, 1956.

de fundamentar e explicar as relações de poder dos indivíduos na comunidade política (cidades e reinos).

Dentro dessa nova conjuntura ocorre a formação de um novo conceito de Constituição. A Igreja utilizou o termo "Constitutio" do direito romano, aplicando-o às regulamentações eclesiásticas, válidas para toda a Igreja ou alguma província eclesiástica particular. Em seguida, o termo voltou a ser empregado na Idade Média para as disposições legislativas do poder temporal.

Na Espanha, mostra ROLANDO TAMOYO Y SALMORÁN, o vocábulo "Constituição" foi usado para denominar as *cartas* ou *fueros* outorgados pelos monarcas às regiões, cidades e vilas. As cidades cujos privilégios eram estabelecidos pelas Constituições (*pactos*, *cartas* ou *fueros*) tiveram grande destaque na vida constitucional do medievo.

As Constituições, como pactos, eram postuladoras de franquias ou liberdades outorgadas pelos príncipes.

Com o surgimento das uniões ou ligas de cidades, para defender seus direitos (Liga Hanseática, de Rhin, das irmandades de Castela e Lion, as cidades de Languedoc), renovam as suas formas de reivindicação. Com elas a Constituição começa a abranger, além dos privilégios e pactos, a representação. Surgem os conselhos ou parlamentos que obtinham o juramento do rei de não violar ou transgredir pactos, nem os direitos por eles consentidos: eram as leis do reino. A partir do século XII ocorre a preocupação em obter um reconhecimento contratual dos direitos ou prerrogativas. Aparecem os movimentos para obtenção de Cartas, nas quais vissem a garantia de seus *jura e libertates*.

As cartas, pactos ou Constituições definiam o estado jurídico de uma coletividade, de um território ou de uma cidade. Essas "liberdades" e "privilégios" foram paulatinamente desaparecendo, devido ao fortalecimento do poder central das monarquias.

Na Inglaterra "Constitution" refere-se, da mesma maneira, a franquias e privilégios de certos estamentos. As "Constitutions of Claredon" de 1164 referiam-se às relações entre a Igreja e o Estado.

A organização política repousa em um pacto celebrado entre os governados, que convêm em obedecer, e os governantes, que se comprometem a assegurar a ordem e respeitar as condições postas ao seu direito de mandar: respeitar as leis do reino, as liberdades e prerrogativas dos súditos. Aparece a concepção do *pactum subjectionis*, com o objetivo de delimitar as bases e os limites do arbítrio dos governantes.

A mais conhecida dessas Constituições é a Carta Magna de 19 de junho de 1215, resultante das transações entre o rei João e os barões.

Apesar de Constituição, às vezes, ser empregada com o sinônimo de “leges”, do latim, ela passa a significar uma legislação especial, correspondente a um compromisso básico fundamental. Esse novo entendimento difere do uso antigo. É um compromisso fundamental, leis fundamentais da comunidade ou leis fundamentais do reino. São aquelas garantidas pela *jurisdictio* e que estão estabelecidas, por escrito, em certas cartas (*id est, Carta Magna*) e nos costumes do reino (*id est, en el Common Law*). Decorrem dos pactos entre o povo e os príncipes.

A palavra Constituição passa a ter novos significados, com o correr do tempo. A noção moderna de Constituição aparece como resultado de alguns fatores:

1) O aparecimento dos conceitos de “comunidade” e *Estado*. Com a *Teoria do Estado Nacional* surge uma nova fase, que visa substituir os princípios e a prática do constitucionalismo medieval. O poder político, em grande parte, disperso entre feudatários e corporações, condensou-se, rapidamente, nas mãos do monarca ⁽⁷⁾.

2) Proteção judicial dos pactos e o nascimento dos *civil rights*.

3) O aparecimento das Cartas das colônias inglesas norte-americanas.

4) O prestígio da doutrina moderna do direito natural ⁽⁸⁾.

O advento da Constituição escrita dará início a uma importante fase do constitucionalismo. Nesse período destaca-se a Constituição de Virgínia de 1776, a tradição política da Inglaterra, a prática constitucional das colônias inglesas norte-americanas e a filosofia da Europa, na época da Ilustração. A filosofia política da época; os direitos do homem que respondiam ao modelo racional da natureza do homem; as idéias que prepararam as novas Constituições que deveriam ser votadas por Convenções ou Assembléias Constituintes estabeleciam as novas bases do exercício do poder e

(7) SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1945, trad. de Vicente Herrero, pp. 321 e ss.

(8) SALMORÁN, Rolando Tamayo y. *Introducción al Estudio de la Constitución*, ob. cit., p. 54; AGESTA, Luís Sanchez. *El Pensamiento Político del Despotismo ilustrado*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953; MIDY, C. -Henri. *Le Régime Constitutionnel*. Paris, Garnier Frères, 1869.

a liberdade do cidadão. As Constituições anunciavam nova etapa do constitucionalismo. As citações dos filósofos nos discursos e escritos, na colônia, eram freqüentes: LOCKE, ROUSSEAU, GROCIÓ, PUFFENDORF, BECCARIA e MONTESQUIEU.

A Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 abre nova fase no uso da palavra "Constituição", que passa a significar lei escrita, estabelecida por um órgão específico — *the convention* — que determina os limites da ação governamental. Esse entendimento recolhe a tradição constitucional da colônia; supremacia da carta constitucional; repertório de competências; a filosofia e a jurisprudência inglesa; governo por consentimento; competência dos tribunais para conhecer de todas as controvérsias de direito; as idéias da filosofia política da ilustração; democracia republicana; igualdade e laicização na Constituição.

A noção de Constituição é de grande importância entre os constituintes franceses. A maneira de criação do novo entendimento sobre Constituição estava ausente da noção tradicional. Seu caráter criador e renovador estava assentado no próprio entendimento sobre o órgão constituinte. Nesse momento da evolução do constitucionalismo destaca-se a Assembléia Constituinte. A Constituição é uma regra formal, cuja autoridade provém da qualidade de seu autor. Ela resulta de Atos Constituintes: atos de convenções, de assembléias ou de congressos constituintes. Seu aspecto formal decorre do seu caráter predominantemente jurídico e convencional.

O universalismo da Constituição escrita é uma questão plenamente reconhecida na organização estatal contemporânea. Praticamente todos os Estados têm Constituição escrita. Atualmente, ainda que parcialmente, poderemos dizer que carecem delas: Grã-Bretanha, Nova Zelândia e Israel (9).

O processo do constitucionalismo pode ser visto por seus antecedentes mediatos e imediatos, conforme constatamos anteriormente. O período que melhor irá contribuir para a sua elaboração doutrinária e institucional pode ser assim definido: "Las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa y el profundo y vasto

(9) SALMORÁN, Rolando Tamayo y. *Introducción al Estudio de la Constitución*, ob. cit., pp. 71 e ss.; GONAUULT, Jacques. *Comment la France est Devenue Republicaine. Les Elections Générales et Partielles à l'Assemblée Nationale 1870-1875*. Paris, Librairie Armand Colin, 1954; LEPOINTE, Gabriel. *Histoire des Institutions du Droit Public Français au XIXe siècle — 1789-1914*. Paris, Editions Domat Montchrestien; DUGUIT, L. Monnier, H. Honnard, R. *Les Constitutions et les Principales Lois Politiques de La France Depuis 1789*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, 7ª ed., PRÉLOT, Marcel. *Histoire des Idées Politiques*. Paris, Dalloz, 1970, 4ª ed.

movimiento ideológico que las inspira, dentro del cual influyen decisivamente las concepciones jusnaturalista y contractualista, son los generadores inmediatos del constitucionalismo moderno, cuyas extensas y ramificadas raíces hemos examinado en páginas anteriores” (10).

As idéias patrocinadoras do constitucionalismo divulgaram as intenções que decorreram desses movimentos revolucionários e das doutrinas que as inspiraram. A necessidade de uma Constituição escrita teve rápida difusão no Continente europeu, para depois surgir em vários locais, mesmo bem distantes (11). SANTI ROMANO menciona as diversas modalidades que contribuíram para a propagação do constitucionalismo. Pode operar-se pela força jurídica originária de seus textos ou leis, bem como pela transmigração, com modificações parciais ou integrais.

SANTI ROMANO refere-se ao direito constitucional geral do Estado moderno, cujos caracteres essenciais podem ser indicados com a expressão *constitucionalismo*. Esse vocábulo designa as instituições e os princípios adotados pela maioria dos Estados a partir dos fins do século XVIII, através de um governo constitucional, em oposição ao que denomina de absoluto. Para o publicista italiano o direito constitucional dos Estados modernos resulta das instituições inglesas e outras que delas se derivaram:

“A instauração nestes outros Estados de ordenações constitucionais tendo caracteres mais ou menos semelhantes àqueles da ordenação inglesa deu-se de diversos modos e com diversas figuras, de forma que seria conveniente definir e distinguir” (12).

As diversas formas de propagação das ordenações jurídicas, além dos Estados em que elas se originaram, foram um momento decisivo para o constitucionalismo. A experiência inglesa teve decisiva influência nos Estados Unidos, bem como nas ordenações constitucionais de antigas colônias do Império Britânico.

O constitucionalismo na Europa continental teve origens e características diferentes, mas não deixou de ter influência de vários

(10) QUINTANA, Segundo V. Linares. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Teoría Empírica de las Instituciones Políticas*. Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 563.

(11) PEREZ, Juan Beneyto. *Historia de las Doctrinas Políticas*, Aguilar, Madrid, S.A. de Ediciones, 1950, 2ª ed., pp. 390 e ss; SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers État?* Genève, Librairie Droz, 1970.

(12) ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, trad. de Maria Helena Diniz, p. 47.

institutos mais gerais e importantes que podem ser remontados ao direito inglês:

“1) o instituto da monarquia constitucional (as monarquias precedentes eram absolutas): naqueles Estados que não adotaram a forma de governo republicano, que, naturalmente, implica em maior destaque do governo inglês, pelo reflexo que tal forma de governo tem sobre muitas outras instituições;

2) o parlamento bicameral: alguns Estados, porém, têm preferido o sistema unicameral e em outros o bicameralismo tem assumido caráter absolutamente diverso;

3) o instituto da representação política, efetuado com ao menos duas câmaras, e cujos membros são costumeiramente designados por eleição popular;

4) o governo de Gabinete e sua responsabilidade perante o parlamento;

5) as liberdades públicas e suas garantias constitucionais” (13).

A elaboração da Teoria Geral do Constitucionalismo, assentada sobre os pressupostos anteriormente referidos nesse trabalho, tem grande significação na fase do desenvolvimento da *Teoria das Constituições*. Essa começa por indagar o que é uma Constituição no regime do Estado constitucional.

CARL SCHMITT afirma que a palavra “Constituição” admite uma diversidade de sentidos.

Parte de um sentido amplo, sem qualquer significado específico do termo. Chega ao que denomina Constituição do Estado, a unidade política de um povo. É, também, um sistema conjugado de normas, que designa uma unidade. Ressalta a fórmula pela qual entende-se por Constituição uma série de leis de certo tipo. Constituição e lei constitucional recebem o mesmo tratamento. Cada lei constitucional pode aparecer como Constituição: esse conceito é relativo, não afeta a um todo, a uma ordenação e uma unidade, mas a algumas, várias ou muitas prescrições legais de certo tipo.

A definição usual dos tratados e manuais é a de que a Constituição é a norma fundamental ou lei fundamental. Para SCHMITT o que se entende por “fundamental” é pouco claro. Aplica-se, às vezes, em um sentido tópico, a uma coisa politicamente muito

(13) ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, ob. cit., pp. 51 e 52.

importante e inviolável. No mesmo sentido fala-se, de maneira imprecisa, em direitos “fundamentais” (14).

Ao partir para o que designa de significação “teorético-constitucional” dessas acepções, para uma investigação conceitual, destaca as significações de: *lex fundamentalis*, *norma fundamental* ou *lei fundamental*.

Nessa formulação da *Teoria da Constituição* a palavra padrão aparece com uma variedade conceitual, da qual emanam diversos conteúdos:

1 — Constituição em *sentido absoluto* corresponde à concreta “maneira de ser”, resultante de qualquer unidade política existente. Constituição corresponde a uma situação real de conjunto da unidade política e ordenação social de um Estado. O Estado é a Constituição, isto é, uma situação, presente do ser, um “status” de unidade e ordenação. O Estado deixaria de existir se a Constituição desaparecesse.

2 — A Constituição é uma maneira especial da ordenação política e social. Significa o modo concreto da supra e subordinação. Constituição é a forma especial de domínio que afeta a cada Estado e que não pode separar-se dele. Constituição é igual à forma de governo. Corresponde a dizer: o Estado é uma Constituição. A Constituição é a “forma das formas”, *forma formarum*.

3 — Constituição é o princípio do devenir dinâmico da unidade política. Entende-se aí o Estado não apenas como algo existente, em repouso, estático, mas em constante renascer, surgindo de novo. Dos distintos interesses contrapostos, opiniões e tendências, forma-se diariamente a unidade política, “*integra-se*”, de acordo com a expressão de RODOLF SMEND.

A Constituição, no sentido absoluto, pode significar uma “regulação legal fundamental”, isto é, um sistema de normas supremas e últimas. A Constituição é algo normativo. A palavra Estado converte-se em uma ordenação jurídica que descansa na Constituição, como norma fundamental. É possível identificar-se Constituição e Estado.

A Constituição é válida quando emana de um poder (força ou autoridade) constituinte e se estabelece por sua vontade.

(14) SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 3 e ss.

O conceito de ordenação jurídica contém dois elementos completamente distintos: o elemento normativo do direito e o elemento real da ordenação concreta. A unidade e ordenação reside na existência política do Estado.

Essa fase da Teoria da Constituição corresponde ao que diz a Teoria Geral do Constitucionalismo, a um dos momentos decisivos da teorização dogmática, racionalista e científica do conceito de Constituição (15).

Após a definição do *conceito absoluto* de Constituição, SCHMITT passa ao seu *conceito relativo*.

Essa relativização consiste na passagem do conceito unitário da Constituição, como um todo, para fixar-se, apenas, na *lei constitucional concreta*, fixado em suas características externas e acessórias, denominadas de "formais".

A Constituição, em sentido relativo, é a lei constitucional em particular. Daí decorrem as especulações em torno da Constituição escrita. O "formal" da Constituição não pode consistir na redação de algumas prescrições ou estipulações, em documento escrito. Seu caráter formal decorre de certas propriedades, seja de pessoa ou de órgão que emite o documento. O conteúdo e o significado da Constituição escrita podem ser diversos.

As motivações que levam a designar como Constituição, em sentido formal, precisamente a Constituição escrita são distintas. A estabelecida de maneira escrita pode ter demonstração melhor, tem conteúdo estável e é protegida contra modificações. A "demonstrabilidade" e maior "estabilidade" não são suficientes, apesar do sentido rigoroso do formalismo. A Constituição escrita deve emanar de um órgão, tendo por pressuposto um procedimento reconhecido como o adequado.

A Constituição é um pacto escrito, que pode ser modificada por via legislativa. A Constituição inglesa descansa em atos de natureza distinta, como convenções, pactos, leis isoladas, costumes e precedentes, não vale como Constituição no sentido formal, porque não aparece escrita completamente em um único documento, isto é, uma codificação sistematizada, em forma de lei. Existem numerosas leis constitucionais inglesas, sob forma de leis escritas. O Ato do Parlamento de 1911 limitou a colaboração da Alta Câmara na elaboração de leis.

A Constituição, no sentido formal, é aquela que observa a codificação, através da regulação exaustiva do procedimento de formação da vontade estatal. É daí que SCHMITT entende que a

(15) LA CUEVA, Mario De. *Teoría de la Constitución*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, com Prólogo de Jorge Carpizo.

idéia de uma Constituição escrita deve ir além do que se entende por uma codificação constitucional fechada, que leva a um conceito absoluto de Constituição.

A Constituição dos Estados contém em seu bojo diversas normas legais de conjunto, onde podemos destacar: as prescrições orgânicas sobre as autoridades essenciais do Estado, programas e diretrizes de caráter geral, garantias de certos direitos e numerosas prescrições particulares. Só estão inscritas na Constituição para afastá-las das constantes modificações que decorrem das maiorias parlamentares, ocasionais, bem como dos Partidos que podem querer influenciar o conteúdo da Constituição, aproveitando a ocasião para elevar a nível constitucional postulados dos respectivos Partidos.

A reforma constitui um dos aspectos essenciais da teorização do constitucionalismo. O aspecto formal da Constituição leva ao entendimento de que as mudanças constitucionais estão submetidas a um procedimento especial, que dificulta as alterações. Com essas limitações ou condições de reforma protege-se a duração e estabilidade das leis constitucionais, com o aumento de sua força legal. Esse entendimento leva a uma classificação tradicional das Constituições. Existem Estados nos quais as prescrições legais, sem consideração de seu conteúdo, podem ser reformadas através do procedimento de uma simples lei. Não existe proteção especial contra as reformas, desde que não ocorra diferença entre "leis constitucionais" e "leis ordinárias". Em consequência da falta dessa dicotomia não se pode falar em leis constitucionais no sentido formal.

BRYCE fala da antiquada classificação das Constituições, transmitida até à sua época, assentada na distinção entre "direito escrito" e "direito não escrito". Essa classificação coloca na categoria das Constituições escritas as consignadas, expressamente, em documentos ou documentos solenes. Na categoria das não escritas, aquelas cuja origem não está de conformidade com uma estipulação formal, mas no uso. A divisão que intenta estabelecer essas duas classes de Constituições não estabelece uma linha bem definida, desde que em toda Constituição escrita deve haver, e há, algum elemento não escrito. Nas denominadas não escritas existe forte tendência para considerar os costumes e os precedentes como obrigatórios.

Essa circunstância faz com que tais escritos sejam quase equivalentes a uma lei formal ditada. É nesse sentido que BRYCE considera que as Constituições não escritas, mesmo que originárias dos costumes, sempre contém alguns estatutos.

Examinando as Constituições em geral, percebe-se que tanto nas do passado como nas atuais ajustam-se um e outro dos tipos

principais. Uma são produtos naturais, assimétricos, tanto em suas formas como em seus conteúdos, constam de um conjunto de determinados decretos ou estipulações de caráter diferente e procedem de várias fontes. Entremeiam regras consuetudinárias baseadas unicamente no costume e no precedente, mas na prática têm igual autoridade.

Existem Constituições que são obras do esforço deliberado do Estado, que estabelece, de maneira definitiva, um corpo de proviões coerentes, de acordo com as quais e pelas quais o governo deverá se estabelecer e reger. Com esses dados descreve dois tipos de Constituições:

— Constituições de direito consuetudinário (Common Law Constitutions);

— Constituições estatutárias (Statutory Constitutions).

Na consideração da história e dos atributos das Constituições flexíveis, BRYCE vê que elas são mais antigas do que as de tipo rígido. A Constituição é considerada como a estrutura de uma sociedade política organizada, através de lei e por lei. Ela fixa as instituições permanentes, com funções reconhecidas e direitos definidos. As Constituições desse tipo, com as denominações de “flexíveis” ou “fluidas”, parecem indicar que são instáveis, carecem de garantias de solidez e permanência. Como exemplos para contrariar essas conclusões, BRYCE refere-se ao que denomina exemplos típicos: Roma e Inglaterra. A Constituição romana é um caso extremo da possibilidade de modificação, de maneira sensível e rápida. Para sua realização necessitava apenas de um voto das “comitia”, seguido do silêncio dos tribunos. Apesar disso, a Constituição de Roma, considerada em seu aspecto legal, modificou pouco. A Constituição flexível ou da “Common Law” deve, às vezes, sua estabilidade às mesmas condições que permitiram, partindo de leis isoladas e simples usos, estabelecer uma estrutura de governo firmemente estável.

As Constituições rígidas têm como caráter específico a circunstância de que possuem uma autoridade superior à das outras leis do Estado. São modificáveis por procedimentos diferentes daqueles ditados para as demais normas. É um tipo de Constituição mais moderna do que as flexíveis. Marcam uma etapa relativamente avançada do desenvolvimento político e do constitucionalismo. Coincide com o momento de discriminação entre leis fundamentais das outras leis.

As Constituições documentais, contidas em um ou vários instrumentos preparados para fatal fim, são antigas.

As Constituições rígidas utilizam determinados métodos para as suas próprias emendas:

1 — Dão essa função ao Legislativo, porém, sob condições que o obrigam a executá-la de maneira especial e diferente da empregada para aprovação dos estatutos ordinários. Exigem um “quorum” fixo de membros para temas em consideração às emendas.

2 — Criação de uma corporação especial para realizar o trabalho revisor. Nos Estados Unidos, onde continuamente ocorriam revisões de um grande número de Constituições dos diferentes Estados, a corporação, geralmente, recebe o nome de “Convenção”. Geralmente, é eleita quando se deseja redigir toda a Constituição, reservando-se ao povo a última aprovação do documento.

3 — Esse procedimento consiste na submissão da nova Constituição às emendas propostas para sua aprovação.

4 — Submissão das emendas ao voto direto do povo ⁽¹⁶⁾.

A Constituição absolutamente rígida deveria proibir qualquer mudança de suas prescrições, mas nenhuma delas segue tal entendimento, até às últimas conseqüências. Normalmente, consagram a proibição constitucional de reforma para algumas de suas prescrições. As Constituições rígidas são aquelas que prevêem, constitucionalmente, a possibilidade de reforma ou revisões constitucionais. Porém, a reforma ou revisão está ligada a supostos ou *procedimentos especiais*, com maiores dificuldades. Esse princípio comporta diversas discussões, em torno da natureza da revisão e a questão da estabilidade constitucional e reformas institucionais.

Convém destacar, ainda, os temas como: força normativa da Constituição, conceito e qualidade da Constituição (Begriff und

(16) BRYCE, James. *Constitutiones Flexibles y Constitutiones Rígidas*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952; CAPITANT, *Le Droit Constitutionnel non-écrit, Recueil d'Études en l'Honneur de F. Geny*, T. 3; LAFERRIERE. La coutume constitutionnelle, son rôle et sa valeur en France, *R.D.P.*, 1944; CHEVALIER. La coutume et le droit constitutionnel français, *R.D.P.*, 1970; MASTRE. A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles: L'utilité des constitutions, *R.D.P.*, 1973; LÉVY. De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction, *Recueil d'Études en Hommage à Ch. Eisenmann*. Paris, Cujas, 1974; LÉVY. Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel. *Mélanges Waline*. Paris, L.G.D.S., 1974; TROPER. Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle, *Mélanges Offerits au Professeur R. E. Charlier*. Paris, Émile-Paul, 1981.

Eigenart der Verfassung); o “*hintergrund* teórico-constitucional”; a ordem jurídica fundamental da comunidade (Gemeinwesen); a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung); programa normativo (Normbereich); Constituição instrumental (Instrument of Government) (17).

A Teoria da Constituição de SCHMITT enceta novas indagações sobre a natureza da Constituição. Aceita-se o conceito de Constituição como decisão de conjunto, sobre o modo e a forma da unidade política. Tomada em seu sentido positivo surge mediante um *Ato do Poder Constituinte*. A Constituição não é absoluta, desde que não surge de si mesma. As leis constitucionais valem por terem base na Constituição e a terem como pressuposto. A lei constitucional para sua validade depende de uma *decisão política* prévia. A Constituição é intangível, sendo, também, instrumento de garantia dos direitos fundamentais.

Finalmente, SCHMITT fala no conceito ideal de Constituição. É aquela que é designada como verdadeira e autêntica. Por razões políticas, responde a um certo ideal de Constituição. Entre suas características, consigna:

- é um sistema de garantias da liberdade burguesa;
- assenta-se na distinção dos poderes;
- é um documento escrito (18).

Um dos pontos essenciais da elaboração teórica do constitucionalismo é o que se refere ao nascimento da Constituição: a Constituição nasce mediante decisão política unilateral do sujeito de *Poder Constituinte* ou de uma convenção plurilateral de vários de tais sujeitos.

A Constituição pode ser considerada como pacto. SCHMITT distingue as numerosas Constituições da Teoria do Estado que dão nascimento, mesmo fictícia ou historicamente, ao Estado como originário de um pacto. Intentam dar explicação jurídica de seu nascimento, que deve ser diferenciado dos convênios ou pactos que dão origem ao nascimento de uma Constituição. O *pacto constitucional* supõe partes existentes e subsistentes, em que cada uma

(17) HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional (Selection)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón.

(18) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 41 e ss.; idem, *La Defensa de la Constitución. Estudio Acerca de las Diversas Especies y Posibilidades de Salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1983. Trad. de MANNUEL SANCHEZ SARTO, Prólogo de PEDRO DE VEGA.

delas contém em si um sujeito de um Poder Constituinte. Dessa explicação podem ocorrer:

— o pacto federal, entre várias unidades políticas independentes, é um autêntico pacto constitucional;

— o “pacto constitucional” dentro de uma unidade política.

Na evolução do constitucionalismo, o *Poder Constituinte* é um dos seus principais desdobramentos. SCHMITT considera o Poder Constituinte como a vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política, como um todo. Das decisões dessa vontade deriva a validade de toda ulterior regulação legal constitucional. Em decorrência dessa concepção surgem algumas conseqüências. A Constituição não se apóia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. O Poder Constituinte é uma vontade política, ser político concreto. Ele é unitário e indivisível. Outro ponto essencial é o da definição do sujeito do Poder Constituinte, que demanda várias explicações:

a) Para a concepção medieval, só Deus tem uma *potestas constituens*. Daí decorre que: todo poder (ou autoridade) vem de Deus (Non est enim potestas nisi a Deo, Rom. 13,1).

b) Na época da Revolução francesa, SIEYÈS desenvolveu a doutrina do povo, ou melhor, da Nação, como sujeito do Poder Constituinte. Surge aí a discussão sobre a titularidade do Poder Constituinte. Alguns admitem que a Nação é o sujeito do Poder Constituinte. Com freqüência os conceitos de Nação e povo são tomados como de significados idênticos. Para SCHMITT, a palavra Nação é mais expressiva e induz menos ao erro.

No Poder Constituinte descansam todas as faculdades e competências constituídas e consagradas na Constituição.

A atividade do Poder Constituinte não está rigidamente estabelecida por um procedimento regulado. O povo, titular do Poder Constituinte, não é uma instância firme, organizada. A forma natural de manifestação imediata do povo é a voz de assentimento, ou a repulsa, da população reunida, em aclamação. Nos Estados modernos esta é uma manifestação natural da vida de um povo, sob a forma de opinião pública. A vontade constituinte do povo é imediata, anterior e superior a todo o procedimento da legislação constitucional. Nenhuma lei constitucional, nem uma Constituição, pode selar um Poder Constituinte e prescrever a forma de sua atividade. Na democracia moderna tem sido consagrada a Assembléia Nacional Constituinte, eleita de acordo com os postu-

lados fundamentais do sufrágio universal e igual, como procedimento democrático reconhecido.

A legitimidade de uma Constituição decorre não apenas de uma situação de fato, mas também de como a ordenação jurídica, quando força e autoridade do Poder Constituinte, tem sua decisão reconhecida ⁽¹⁹⁾.

Os temas referentes à natureza e conceito da Constituição, o Poder Constituinte e a Reforma da Constituição são momentos fundamentais da evolução do constitucionalismo. Terão relevância essencial para a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional. Estão vinculados à própria criação do direito e às relações entre direito e Estado.

A busca sistematizada da noção de Poder Constituinte leva ao que VANOSSY destaca como a tipologia dos conceitos de Poder Constituinte. Como os fenômenos essenciais da Teoria Geral do Constitucionalismo, a doutrina do Poder Constituinte surge com a eclosão das três grandes revoluções que deram origem ao nascimento do Estado constitucional moderno: a Revolução inglesa (1688), a Revolução americana (1776) e a Revolução francesa (1789). Para VANOSSY são as seguintes as tipologias dos conceitos de Poder Constituinte, alcançados pelas investigações da teoria constitucional:

a) Conceito racional-ideal: proveniente das idéias de SIEYÈS, que parte da representação para chegar ao Poder Constituinte e à

(19) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pp. 44 e ss.; VIAMONTE, Carlos Sánchez. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Poder Constituyente. Buenos Aires, Editorial Kapelusz & Cia., 1945; BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, 1ª ed., pp. 13 e ss.; Santos, Aricé Moacyr Amara. *O Poder Constituinte (A Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário)*. Sugestões Literárias, 1980; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Poder Constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n.º 52, janeiro, 1981, pp. 7 e ss.; VILANOVA, Lourival. Teoria Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen), em *As Tendências Atuais do Direito Público*, Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 475; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado*. I — Poder Constituinte. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1974; SACHICA, Luís Carlos. *Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*. Bogotá, Editorial Temis, 1978; BONAVIDES, Paulo. O Poder Constituinte, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 10, junho, 1977, pp. 91 e ss.; FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado Membro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979; SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador, Livraria Progresso Editora, 1954; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. Da Organização Nacional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976, vol. I, p. 25; FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte, A Legitimidade Recuperada*. São Paulo, Editora Brasillense S.A., 1982, 2ª ed.; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo, Saraiva, 1982.

Constituição. Três são as contribuições de SIEYÈS para o processo do *constitucionalismo moderno*:

- a doutrina do Poder Constituinte;
- a doutrina da representação política;
- a organização do controle da constitucionalidade das leis.

b) Conceito fundacional-revolucionário: tem uma variante expositiva nas idéias de MAURICE HAURIUO (1856-1929), que teve grande destaque na teoria da instituição e da fundação. HAURIUO parte da afirmação da existência de uma superlegalidade constitucional, que abrange algo mais que a lei positiva suprema (Constituição escrita), que inclui todos os princípios fundamentais do regime. Esses princípios integram uma espécie de legitimidade constitucional, colocada acima da Constituição escrita. O pressuposto da superlegalidade, que é de filiação jusnaturalista, pretende superar os conteúdos positivistas do conceito de “supremacia da Constituição escrita” ou de seu equivalente a “lei fundamental do Estado”.

Para HAURIUO, a organização dessa *superlegalidade constitucional* deve reunir as seguintes condições:

1º) a organização de uma *operação constituinte*, com um *Poder Constituinte* que está acima dos poderes governamentais e ordinários, que são os poderes constituídos, com um *procedimento especial de revisão*, que dá à Constituição um caráter rígido;

2º) a organização de um *controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ordinárias*.

A operação constituinte é a soma do poder e do procedimento, sendo que o primeiro recebe o nome de Poder Constituinte, porque é o poder fundador (20).

c) Conceito existencial-decisionista.

d) Conceito materialista: destaca VANOSSI que o marxismo leninismo não se ocupou especificamente do Poder Constituinte, enquanto noção própria da ciência jurídica. Não existe uma teoria comunista do Poder Constituinte enquanto “competência consti-

(20) HAURIUO, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 2ª ed., trad. de Carlos Ruiz del Castillo, pp. 314 e ss.; idem, *La Teoría de la Institución y de la Fundación* (Ensayo de vitalismo social). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, trad. de ARTURO ENRIQUE SAMPAY; SALDANHA, Nelson. *Problemática da Supremacia Constitucional*, Separata da Revista *Vox Legis*, Seção de Doutrina, São Paulo, Sugestões Literárias, S.A., 1979.

tucional de revisão" (Poder Constituinte derivado). Contrariamente, aceita o Poder Constituinte originário, isto é, a energia ou potência organizadora da ordem política, mediante noções e conceitos que o marxismo leninismo emprega em sua contenção doutrinária. É o caso das freqüentes aplicações que essa doutrina faz do "poder político" (21).

e) Conceito dialético-plenário: HELLER procurou demonstrar a conexão indissolúvel entre o mundo real e o mundo cultural. A existencialidade, a normatividade e o Poder Constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam-se reciprocamente. Um Poder Constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência (22).

Essa metodologia de HELLER marca as diferenças entre suas concepções e as de HANS KELSEN e CARL SCHMITT (23).

A *Teoria das Constituições* (ADOLFO POSADA) e *Teoria Geral das Constituições* (BURDEAU) constituem dois momentos essenciais para a formulação da Teoria Geral do Constitucionalismo.

POSADA indaga o que é Constituição, no regime de Estado Constitucional. Sallenta que certos Estados se denominam especial e expressamente de constitucionais, circunstância que indica o valor de uma Constituição. Para o publicista espanhol o termo Constituição, no constitucionalismo moderno, não tem significado tão amplo. Fala em uma *Constituição política* como a expressão jurídica do regime do Estado, no que diz respeito à organização dos Poderes ou instituições fundamentais, nas quais está praticamente encarnado o exercício da soberania e a limitação da ação desses poderes, em suas relações com as pessoas. Daí que elas se constituem como sistema ou regime de garantias. Destaca que as Constituições, quanto a suas origens, podem ser apontadas como:

a) Constituições que têm o caráter de uma *Carta outorgada* (Constituição francesa de 1814).

b) Constituições que são verdadeiros *Estatutos* fundamentais, elaborados por Assembléias representativas da Nação ou do povo, Assembléias que recebem o nome de Constituintes ou de Convenções.

(21) CAMPOS, Germán J. Bldart. *Marxismo y Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Edlar Sociedade Anónima Editora, 1979.

(22) HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1955, 3ª ed., trad. de Luís Tobío, ob. cit., pp. 267 e ss.

(23) VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. Vol. I. Teoría Constituyente, Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador. Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 5 e ss.

POSADA aponta outras indicações que devem ser salientadas para melhor compreensão do constitucionalismo. Trata-se da divisão sistemática das Constituições em: parte dogmática e parte orgânica.

A parte *dogmática* das Constituições contém um sistema de limitações da ação do Poder Público, que surgem e se afirmam, historicamente, pelo processo de lutas políticas entre governados e governantes. No que diz respeito à elaboração doutrinária e legislativa, decorre do influxo das noções da escola de direito natural, da idéia de direito subjetivo, próprios, naturais, do indivíduo, frente ao Estado, estimados como anteriores ao mesmo. As Declarações de Direito das Constituições norte-americanas e da Constituição francesa de 1791, bem como os títulos primeiros de outras, formam a parte dogmática. Traçam declarações definidoras ou imperativas, com a consagração de determinados princípios e normas fundamentais.

Após essa interpretação, com o exame do significado de sua parte orgânica, POSADA destaca o valor jurídico da Constituição. No que diz respeito à sua importância, a *parte orgânica* é semelhante à organização e ao funcionamento do Estado e de seus governantes. As disposições sobre a organização de poderes, determinação de suas respectivas funções e as relações entre as instituições que as desempenham formam a parte orgânica (24).

Os temas acima focalizados constituem pontos essenciais da elaboração da Teoria Geral do Constitucionalismo, sendo que servem de base para novas investigações. Surgem, correntemente, nos doutrinadores nacionais e estrangeiros que se dedicam à definição do constitucionalismo, suas origens, transformações e instituições (25).

(24) POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Tomo Segundo, Derecho Constitucional Comparado de los Principales Estados de Europa y América. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1935, 5ª ed., pp. 11 e ss.

(25) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1972, 2ª ed., pp. 3 e ss.; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1971, 3ª ed., pp. 7 e ss.; ACCIOLLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 30 e ss.; MOTTA FILHO, Cândido. *O Conteúdo Político das Constituições*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1950, pp. 54 e ss.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1980, 3ª ed., pp. 10 e ss.; SALDANHA, Nelson. *Legalismo e Ciência do Direito*. São Paulo, Editora Atlas S.A., 1977, pp. 59 e ss.; idem, *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo, José Bushatsky, 1976; TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, pp. 17 e ss.; FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1971, 5ª ed., Tomos I e II.

O constitucionalismo, para CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, "consiste en el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario" (26).

O constitucionalismo atual é o resultado de um demorado processo, no qual confluem esforços de muitos povos e doutrinadores. Dos ingleses, franceses e norte-americanos ele recebeu as grandes experiências e a própria teorização. MANUEL GARCÍA-PELAYO destaca que o constitucionalismo inglês é o mais ilustrativo, por sua continuidade. HENRI MIDY, ao se propor a explicação dos mecanismos do regime constitucional, forma política que se distingue essencialmente de todas as outras, afirma que ele responde às necessidades múltiplas da natureza do homem.

A evolução do constitucionalismo leva-nos à compreensão dos aspectos institucionais e constitucionais dos regimes políticos, tanto no que diz respeito a sua forma clássica como às modificações que vêm ocorrendo nos mesmos. Essa perspectiva metodológica leva-nos ao conhecimento da transformação surgida no seio da Teoria Geral do Constitucionalismo. VIAMONTE ressalta as virtudes do constitucionalismo, convocando para a luta pela sua implantação e para a defesa de sua estabilidade (27).

Com as normas referentes à organização e aos poderes do Estado, de maneira sistematizada, ultrapassamos várias etapas do constitucionalismo.

Certa fase do constitucionalismo procurou limitar a atividade estatal, mas, com o seu desenvolvimento, novas possibilidades foram apontadas, com o objetivo de sua atualização e adaptação às necessidades da sociedade política contemporânea.

(26) VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Constitucionalismo. Sus Problemas. El Orden Jurídico Positivo. Supremacia, Defensa y Vigencia de la Constitución*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 15; MIDY, C. Henri. *Le Régime Constitutionnel*. Paris, Garnier Frères, 1869, p. 1; LEPOINTE, Gabriel. *Histoire des Institutions du Droit Public Français au XIXe Siècle. 1789-1914*. Paris, Edition Donat Montchrestien; FERNÁNDES-MIRANDA, Torcuato. *Estado y Constitución*. Madrid, Espasa-Calpe. S.A., 1975, p. 269; DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Tomo Segundo. La Théorie Générale de L'État, Éléments, Fonctions et Organes de L'État. Paris, E. de Boccard, Successeur, 1928, pp. 160 e ss.; RÍOS, Anibal Rey. "El Poder Constituyente" en el *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, S.A., 1962.

(27) HERAS, Jorge Xifra. *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo I, Barcelona, Bosch, 1957, 2ª ed., pp. 191 e ss.; VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Manual de Derecho Político. Los Problemas de la Democracia*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, pp. 111 e ss.; idem, *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Kapelusz, 1959, 4ª ed., p. 6; CASELO, Juan. *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Editorial "Perrot", 1954, pp. 67 e ss.

Aos estudiosos não tem passado despercebida a problemática da ideologia do constitucionalismo. É coerente afirmar que a evolução do constitucionalismo está ligada ao Estado de direito democrático, desde que este corresponde a distintos regimes constitucionais que consagram certos princípios básicos em sua elaboração de uma Teoria democrática de governo (28).

2 — Principais aspectos do constitucionalismo: temas fundamentais

A Teoria Geral do Constitucionalismo evidencia-se, normalmente, pela existência de uma Constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, pelo aperfeiçoamento de técnicas jurídicas que limitam o poder político. A primeira Constituição, acorde com o movimento e a doutrina do constitucionalismo, foi a inglesa. Surgiu de largo processo histórico, carecendo de documento articulado e codificado. Como criação consciente e deliberada, refletida em documento escrito, a primeira realização institucionalizada do constitucionalismo decorre das Constituições das colônias norte-americanas. Como manifestação do constitucionalismo, por meio de documentos, a Revolução francesa propiciou: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; a Constituição de 1791; a Constituição de 1793; a Constituição de 1795 (Ano III) e a Constituição de 1799 (Ano VIII).

Além de vários dos autores mencionados anteriormente, o constitucionalismo encontra explicações e influências na doutrina: o *Espírito das Leis* (Livro XI, Título VI), de MONTESQUIEU; *Comentários sobre a Lei da Inglaterra*, de BLACKSTONE; *Constituição da Inglaterra*, de DE LOLME; *O Federalista*, de MADISON, HAMILTON e JAY, e *Que é o Terceiro Estado?*, de SIEYÈS.

MARIO JUSTO LOPES destaca a finalidade e os princípios do constitucionalismo; suas técnicas e a enumeração dos mesmos.

Entre os caracteres do constitucionalismo coloca em primeiro lugar, como finalidade essencial, a preservação da *dignidade da pessoa humana*. Como princípios, estão dois pressupostos fundamentais: o império da lei e a soberania do povo:

“El “imperio de la ley” o “imperio del derecho” consiste en la sujeción o regulación de la actividad de los ocupantes de los cargos del gobierno mediante normas jurídicas que están por encima de sus voluntades psíquicas. Dice al respecto el artículo 1º del “Acto de Atenas”,

(28) SACHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá, Editorial Temis, 1977, 4ª ed., p. 57.

aprobado em junho de 1955 por el Congreso Internacional de Juristas: "Los gobiernos tienen la obligación de respetar los derechos del individuo con arreglo al "imperio de la ley" y de establecer medios eficaces para su ejercicio". Corresponde señalar que este "principio", además de ser un "medio genérico" para alcanzar la finalidad propia de todo Estado, consiste en asegurar la estabilidad y continuidad jurídica de los órganos estatales. Debe reconocerse, empero, que en el caso del constitucionalismo el "fin instrumental" alcanza una importancia que no tiene para aquellas doctrinas que atribuyen al Estado otros "fines últimos" (29).

As técnicas de constitucionalismo definem aspectos fundamentais para a sua elaboração doutrinária:

- 1) Supremacia das normas jurídicas fundamentais:
Constituição;
Declaração de Direitos.
- 2) Distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos:
Rigidez constitucional.
- 3) Divisão orgânica e funcional entre os poderes constituídos.
- 4) Independência do Poder Judiciário.
- 5) Legalidade administrativa. Controle dos Atos Administrativos. Ombudsman. Provedor de Justiça. Defensor do Povo.
- 6) Controle da atividade dos órgãos estatais.
- 7) Controle jurisdicional da constitucionalidade:
Sistemas de Controle.
- 8) Designação, por eleições, dos integrantes dos órgãos que exercem o Poder Constituinte e os poderes constituídos" (30).

(29) LOPEZ, Mario Justo. *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires, Editorial Kapelusz, 1973, p. 377.

(30) *Manual de Derecho Político*, ob. cit., p. 378; PAINE, Thomas. *Los Derechos del Hombre*. México, Fondo de Cultura Económica, 1944; TOBEÑAS, Jose Castan. *Los Derechos del Hombre*. Madrid, Reus S.A., 1976; SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade*. "The Bill of Rights". Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1979, trad. de A. B. PINHEIRO DE LEMOS; CLAUDE, Richard Pierre. *Uma Perspectiva Comparada da Tradição Ocidental dos Direitos Humanos*; MIRANDA, Jorge. *Direitos do Homem*. Lisboa, Livraria Petrony, 1979; idem, *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Lisboa, Livraria Petrony, 1977.

O elenco dos temas essenciais do constitucionalismo moderno, também denominado de clássico, constitui uma constante preocupação. O seu desenvolvimento está ligado à racionalização do Estado e à despersonalização do Poder. Dentro desse aspecto o constitucionalismo supõe:

a) uma Constituição, normalmente, codificada, isto é, escrita em um código sistemático e único;

b) uma Constituição cuja reforma torna-se difícil, isto é, dependente de procedimentos especiais, uma Constituição rígida;

c) uma parte dessa Constituição dedicada a transcrever a Declaração de uma série de direitos individuais (parte dogmática ou *direito constitucional da liberdade*);

d) uma parte dedicada a organizar o poder, seus órgãos, suas funções, suas relações, tendo como princípio fundamental a divisão de poderes ou de funções (parte orgânica ou *direito constitucional do poder*) ⁽³¹⁾.

Referindo-se, ainda, ao constitucionalismo clássico, apresenta um esquema sobre pontos importantes de sua evolução contemporânea:

a) a Constituição dos Estados Unidos divulga mundialmente a forma de *organização federal de Estado* e a *forma republicana presidencialista de governo*;

b) a Inglaterra introduz, com difusão universal, o tipo *parlamentarista*;

c) federalismo, presidencialismo e parlamentarismo passam a funcionar como modelos políticos de imitação;

d) tendência progressiva à extensão do sufrágio universal, com a eliminação do sufrágio restrito, qualificado, censitário;

e) a constitucionalização dos Partidos Políticos na maioria dos Estados;

f) o surgimento dos partidos socialistas;

g) a superação da opressão política, própria do absolutismo, é seguida para a maior emancipação do homem, sob o ponto de vista social e econômico, com a superação dos obstáculos que impedem aos indivíduos utilizarem eficazmente os seus direitos;

(31) CAMPOS, Germán J. Bidart. *Manual de Historia Política*. Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 1970, p. 334; idem, *El Derecho Constitucional del Poder. El Derecho Constitucional del Poder Comparado. El Congreso*. Tomo I, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 1967.

h) os apelos para a intervenção do Estado. O constitucionalismo clássico sofre profundas modificações no século XX, com o *constitucionalismo social*, antecipado pela Constituição do México de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, que incorporaram em seus textos os direitos sociais e econômicos ⁽³²⁾.

O constitucionalismo tem sido um esforço para racionalizar juridicamente o exercício do poder político, submetendo sua organização a um ordenamento normativo. A intenção de subordinar o poder ao direito é constante, pode-se falar em um constitucionalismo antigo, um constitucionalismo medieval ou um constitucionalismo moderno. Cada um tem as suas particularidades ⁽³³⁾.

A evolução do constitucionalismo tem refletido nas diversas teorias acerca da natureza da Constituição, matéria essencial entre os capítulos de *Teoria da Constituição*, onde se propõe determinar a essência do constitucional ⁽³⁴⁾.

A Teoria Geral do Constitucionalismo tem uma de suas bases em Kelsen. A preocupação com a hierarquia das normas, os diferentes graus da ordem jurídica, a Constituição no sentido material e no sentido formal, a determinação da criação das normas gerais, são pontos essenciais para a teorização do constitucionalismo.

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado pode expressar-se nos seguintes termos: suposta a existência da norma fundamental, a Constituição representa o nível mais alto dentro do direito nacional. O termo Constituição é entendido aí não em seu sentido formal, mas na sua significação material. A Constituição, em seu sentido formal, é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que só podem ser modificadas mediante a observação de prescrições especiais, cujo objetivo é dificultar as alterações de tais normas. A Constituição, no sentido material, espelha os preceitos que regulam a criação das normas jurídicas gerais e, especialmente, a criação de leis.

A Constituição, em sentido formal, é o documento solene que leva esse nome. Normalmente encerra também certas normas que não formam parte da Constituição, em sentido material. A circunstância de se redigir um documento especial e solene, bem como a circunstância de que a mudança das normas constitucionais é particularmente difícil, tem por objetivo salvaguardar as normas que estruturam os órgãos legislativos e regulam o procedimento da

(32) CAMPOS, Germán J. Bidar. *Manual de Historia Política*, ob. cit., pp. 336 e 337.

(33) SÁCHICA, Luís Carlos. *Exposición y Glosa del Constitucionalismo Moderno*. Bogotá, Editorial Temis, 1976, pp. 5 e ss.

(34) GOMES, Carlos Mejía. *Teoría de la Constitución*. Bogotá, Editorial Temis, 1967.

legislatura. A existência de uma forma especial para as leis constitucionais, de uma forma constitucional, se deve à Constituição em sentido material. Se existe uma forma constitucional, então as leis constitucionais tendem a ser distinguidas das leis ordinárias. A diferença consiste na criação, isto é, na promulgação, na reforma e na ab-rogação das leis constitucionais, mais difícil que a das leis ordinárias. Existe um procedimento especial, na forma determinada, para a criação das leis constitucionais, diferente do procedimento de criação das leis ordinárias.

A tendência em dificultar a reforma dos fundamentos da ordem estatal decorre da necessidade de continuidade da evolução jurídica. O constitucionalismo clássico, revelado através de quase todas as Constituições, estabeleceu pontos básicos para a sua estruturação: a colocação nas Constituições de normas de organização e um catálogo de direitos fundamentais e de liberdade. É nesse sentido que o regime constitucional vem sendo denominado como regime de garantias jurídicas (35).

A Teoria Geral das Constituições é capítulo essencial da Teoria Geral do Constitucionalismo.

BURDEAU parte da afirmativa de que toda organização constitucional do Estado, toda análise de sua vida política levam a um exame de sua Constituição.

Reconhece que a Constituição coloca-se no centro de todas as reflexões que dão nascimento à ciência política.

Ao formular sua teoria, lembra que ela é necessária, para destacar uma noção de Constituição, cujos elementos são utilizáveis para explicar cada ordem constitucional concreta. Entre a Constituição suíça, a britânica e a soviética existem aparentemente diferenças profundas. O interesse da Teoria Geral das Constituições é fazer, provisoriamente, abstração das divergências de soluções, para esclarecer a unidade fundamental dos problemas que elas respondem. O esforço dos filósofos, da evolução histórica, da concordância entre as experiências políticas dos diversos Estados, da vontade dos governados chega a uma noção de Constituição, na qual importa é conhecer o sentido e a razão de ser dela própria, bem como a compreensão das regras em torno das quais os direitos positivos têm valor constitucional. Ao traçar o seu plano, com o objetivo de formular uma adequada *Teoria Geral das Constituições*, que está

(35) KELSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. México, Imprensa Universitaria, 1949, trad. de Eduardo García Maynez, pp. 128 e ss.; idem, *Teoria General del Estado*. México, Editora Nacional, 1951, trad. de LUIS LEGAZ LACAMBRA, pp. 325 e ss.

vinculada de maneira íntima com a evolução da *Teoria Geral do Constitucionalismo*, destaca BURDEAU:

a) *Noção de Constituição*. Multiplicidade dos aspectos do fenómeno constitucional. Constituição social e Constituição política. Constituições costumeiras e Constituições escritas. Constituição e regime constitucional. A Constituição como instrumento de liberdade. Matéria e forma constitucional. Insuficiência da distinção entre Constituições escritas e Constituições costumeiras. Formação histórica da noção de Constituição: a teoria contratual. As etapas de formação da idéia moderna de Constituição (ALTHUSIUS, SUAREZ, Escola de Direito natural, ROUSSEAU). Significação política de Constituição.

b) *A Constituição como estatuto do poder*. Dupla função da Constituição: estatuto da instituição, estatuto dos governantes. Função ideológica da Constituição. As declarações de direitos: as declarações como técnica de expressão da idéia de direito. Integração entre o texto da Constituição e o conteúdo das declarações. Valor jurídico das declarações: as declarações como direito positivo e como programa. As garantias dos direitos.

O estatuto dos governantes: autoridade e legitimidade. O fundamento do direito de governar. A Constituição estabelece a legitimidade dos governantes. Governo legal e governo legítimo. A teoria de órgão do Estado: da legalidade e da legitimidade de que lhes reveste a Constituição, os governantes recebem a autoridade.

c) *O Poder Constituinte*: o estudo do Poder Constituinte, do ponto de vista jurídico, apresenta dificuldade excepcional, devido à natureza híbrida desse Poder. O poder, para o jurista, liga-se sempre a uma competência: sua natureza, seu entendimento, as modalidades de seu exercício são determinadas por uma regra anterior. Com o Poder Constituinte, não ocorre o mesmo: ele é afetado por uma significação política, da qual nenhuma exegese pode purificar. O poder do qual ele resulta é rebelde a uma integração total em um sistema hierárquico de normas e competências.

Autonomia do Poder Constituinte. Poder Constituinte e poder constituído. Natureza do Poder Constituinte. Origem doutrinária da idéia de Poder Constituinte. Filosofia e técnica do Poder Constituinte.

A supremacia da Constituição: em que consiste a superioridade da Constituição. Supremacia material. Supremacia formal da Constituição. Titular do Poder Constituinte. Conciliação entre a permanência do poder originário e a existência de um órgão de revisão. O Poder Constituinte originário. Poder Constituinte insti-

tuído. Exercício do poder de revisão: modalidades jurídicas e políticas do exercício do Poder Constituinte. O processo de revisão constitucional: as fases do processo de revisão. Costume constitucional. Teoria constitucional e regime político.

d) *As sanções no estatuto de poder*: A necessidade do poder e a sua legitimidade leva a indagações sobre a necessidade de impedir que ele se transforme em arbitrário. A questão das limitações do poder é constante no constitucionalismo. A limitação do Estado e o estatuto do poder. Institutos do direito positivo considerados como instrumento da subordinação dos governantes a seu estatuto. A eleição. Dissolução das assembléias. A oposição.

Controle da constitucionalidade das leis: controle como corolário da supremacia da Constituição. Mecanismos de controle. Controle preventivo por um órgão político. Controle por órgão jurisdicional. Corte constitucional ou Tribunais constitucionais.

Sanções jurídicas informais: insuficiência das sanções organizadas. A resistência à opressão.

e) *Noção jurídica de revolução*: fundamento da validade jurídica das revoluções: estabelecimento de uma ordem jurídica nova. Governos revolucionários e governo de fato. Efeitos jurídicos das revoluções (36).

Na evolução do constitucionalismo encontramos pontos essenciais, que serviram de base para a estruturação dos Estados constitucionais democráticos. PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, tratando da Constituição moderna, à luz de uma metodologia comparatista, afirma que a quase totalidade dos Estados do mundo contemporâneo são dotados de uma Constituição escrita, geralmente rígida. Não apenas os Estados de democracia clássica, mas, também, os Estados socialistas.

Ao iniciar esse exame, BISCARETTI DI RUFFIA coloca o problema da Constituição dos Estados de democracia clássica. Começa com a pergunta: qual o motivo por que a Grã-Bretanha, que forneceu a mais válida contribuição ao "constitucionalismo" moderno, recusa até hoje a adoção de um texto constitucional solene?

A resposta não lhe parece difícil. A particularíssima vivência constitucional daquele Estado tornou possível adequar progressi-

(36) BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tomo III. *Le Statut du Pouvoir dans l'État*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950; SALDANHA, Nelson. Estado, Jurisdição e Garantias. Um Capítulo de História Constitucional, Separata da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, n.º 13/15, São Paulo, 1960.

vamente, sem violência e sem relevante solução de continuidade, a própria instituição às múltiplas exigências da sociedade britânica.

Permite que a Grã-Bretanha possa conciliar sua tradicional monarquia parlamentar, dotada de um governo intimamente democrático e de plena segurança social para os cidadãos.

A Grã-Bretanha é o único exemplo de um grande Estado moderno que deixa de recorrer a um texto constitucional solene. Vale-se da coordenada utilização da legislação ordinária, da função corretiva das antigas normas consuetudinárias, da jurisprudência e das regras convencionais, conseguindo o que outros Estados do mundo contemporâneo só têm alcançado por meio de uma série de Constituições escritas.

Os estudos das Constituições modernas, debaixo do plano comparatístico, na sua genealogia histórica e nas suas características diferenciais essenciais, tornam oportuno lembrar algumas noções fundamentais atinentes aos diversos significados assumidos pelo vocábulo Constituição.

Tendo em vista a sua posição no constitucionalismo atual, partimos de certas compreensões decorrentes de suas transformações. Ela vem impregnada da estrutura organizativa fundamental da instituição estatal (Constituição no sentido institucional). Dentro desse primeiro entendimento, definido como substancial ou objetivo, Constituição indica todo o complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, que estabelecem a estrutura essencial do Estado. Há uma Constituição em sentido substancial em todos os Estados.

O significado de Constituição no sentido formal compreende apenas a norma jurídica distinta daquelas componentes da legislação ordinária, desde que o processo de sua formação é mais difícil, solene e demorado. Daí decorrem as distinções: Poder Legislativo ordinário, Poder Constituinte e o Poder de revisão constitucional.

Ocorre, ainda, um outro significado de Constituição quando se pretende indicar um ato normativo solene, que engloba a maioria das normas substancialmente constitucionais. Trata-se de Constituição no sentido documental (37).

O Constitucionalismo contemporâneo, tendo em vista as transformações metodológicas ocorridas na Teoria da Constituição e no Direito Constitucional, pode atingir o conhecimento de três aspectos

(37) RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato* (Le "Forme di Stato" e Le "Forme di Governo"). *Le Costituzioni Moderne*. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, pp. 393 e ss.

essenciais da estrutura estatal, pelo exame da composição e funcionamento de seus órgãos, sob um tríplice aspecto:

a) *estrutura do Estado*: o Estado considerado em seus elementos constitutivos; sua formação; modificação, extinção; sua forma e seu sistema de governo;

b) *composição e funcionamento dos órgãos constitucionais*: o direito constitucional não se ocupa de todos os órgãos do Estado, mas dos de natureza constitucional; cuida da disciplina constitucionalista dos órgãos administrativos e dos órgãos judiciários;

c) *princípios fundamentais do regime político do Estado*: nem sempre os princípios fundamentais que informam o regime político do Estado estão constitucionalizados, isto é, consagrados em normas constitucionais (38).

3 — *Constitucionalismo clássico*

O conceito e os “tipos” de Constituição aparecem, constantemente, nos exames em torno do constitucionalismo clássico. A Constituição do Estado surge como um complexo de regras que exprimem, de maneira unitária e harmônica, os princípios e instituições fundamentais da organização estatal, podendo ser escrita ou não escrita (consuetudinária) (39).

MARCEL PRÉLOT, ao examinar as fontes do movimento constitucionalista, pergunta de onde vêm as idéias novas. Examinando a França, aponta as grandes correntes do constitucionalismo.

Duas procedem de fontes nacionais:

a) *Uma histórica reação contra o absolutismo de Luís XIV*, com uma série de escritores, aristocratas em sua maioria: FÉNELON, SAINT-SIMON, BOULAINVILLIERS, MLE. DE LÉZARDIÈRE, reclamam o retorno das regras constitucionais, abandonadas pela Monarquia nos seus últimos anos. Para essa tendência, o estabelecimento de uma Constituição não é uma inovação, mas uma renovação.

b) *A fonte dogmática*. Decorre dos escritos da Escola de Direito Natural e das Gentes. Seu fundador foi o holandês HUGUES DE GROOT, habitualmente conhecido por seu nome latinizado GROTIUS. Publicou, em 1625, uma obra capital para o desenvolvimento do direito público interno e o direito público internacional: *De Jure Belli ac*

(38) VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Milão, Giuffrè Editore, 1979, 9ª ed., p. 4.

(39) MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, 2ª ed., pp. 225 e 226; CROSA, Emilio. *Diritto Costituzionale*. Turim, Unione Tipografico-Editrice e Torinese, 1956, pp. 3 e ss.; LAVIE, Humberto Quiroga, Tipología y Clasificación de las Constituciones, *DIKE* (revista), año I, n.º 1, Buenos Aires, 1977; FAYT, Carlos S. Presupuestos para una reforma constitucional, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1958, III.

Pacis. Esse livro teve grande influência no pensamento jurídico europeu.

A Escola de Direito Natural e das Gentes considera a Constituição, denominando-a de Lei fundamental, como o ato inicial da Soberania, e ao mesmo tempo como fonte de todos os poderes constituídos. Precedendo às leis ordinárias, está ligada à origem do Estado, que a Escola denomina de "sociedade civil".

De todas as publicações, a mais importante é a brochura de SIEYÈS, intitulada *Qu'est-ce que le Tiers-État?* Fez uma precisa distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais. A Constituição é considerada não uma obra do Poder constituído, mas do Poder Constituinte.

c) A terceira fonte vem do exterior. A sedução sobre a opinião desse raciocínio teórico vem do exterior, do exemplo americano. LA FAYETTE leva as *teorias constitucionalistas* do novo mundo (40).

A democracia clássica, apesar de suas diferenças, apresenta, na evolução de seus respectivos sistemas constitucionalistas, caracteres fundamentais comuns (Grã-Bretanha, Estados Unidos, França, Itália, Suíça, Bélgica, Holanda, Estados escandinavos etc.):

a) o poder repousa sobre a teoria da soberania popular;

b) os governantes são escolhidos por eleições, com sufrágio universal, relativamente livres e sinceras;

c) a estrutura de governo implica em certa distinção de poderes (separação de poderes, tipo americano; colaboração de poderes, modelo britânico);

d) as prerrogativas dos governantes são limitadas;

e) os governados gozam das liberdades públicas (liberdade de opinião, de imprensa, de reunião, de associação e religião) (41).

Dentro dessa ideologia democrática, o constitucionalismo ocidental orna-se de três princípios essenciais:

a) confiança no indivíduo: civilização greco-latina; cristianismo; feudalismo; filósofos do século XVIII, particularmente, ROUSSEAU;

b) crença no valor do diálogo: é fácil encontrar no constitucionalismo ocidental os caminhos para o diálogo. Podemos destacar entre eles: os mecanismos da representação política; a pluralidade dos Partidos Políticos; as assembleias deliberativas; separação de poderes;

(40) PRÉLOT, Marcel. BOULOIS, Jean. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Dalloz, 1972, 6ª ed., pp. 302 a 304.

(41) DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1960, 5ª ed., p. 239.

c) o gosto pela organização racional (42).

O constitucionalismo clássico está ligado à realização da *democracia governada* de BURDEAU, inseparável do meio social, econômico, espiritual e político decorrente do Estado liberal. A democracia governada é todo um conjunto, um instrumento do Estado liberal. Ao reconstruir a unidade da vida política, reintegrando os mecanismos constitucionais na rica e complexa variedade de ordens, temos todos os aspectos conjunturais.

Estudando as técnicas políticas do Estado liberal, isto é, na fórmula constitucional que é a democracia governada, o autor esforça por demonstrar a incidência da idéia de direito dominante no Estado liberal sobre suas instituições (43).

As preocupações acerca do constitucionalismo são constantes, sendo que a maioria delas voltam à Teoria das Constituições escritas, suas origens e características, com os destaques dados às correntes que contribuíram para o seu aparecimento e transformações.

Confrontando "autocracia" e "constitucionalismo", LOEWENSTEIN destaca entre as técnicas características do sistema político do constitucionalismo, em primeira linha, as eleições, nas quais diversas ideologias, representadas por candidatos e Partidos, lutam para obter o voto do eleitor. Numa contribuição essencial para o constitucionalismo contemporâneo, apresenta a classificação ontológica das Constituições. Tomando a mudança fundamental que tem sofrido o papel da Constituição escrita na realidade sócio-política, conclui ser necessário um novo intento de classificação. Essa sua nova análise aponta três tipos de Constituições: normativo, nominal e semântico (44).

O constitucionalismo clássico não ficou indiferente às transformações que ocorreriam em diversos setores da vida política e social.

MANUEL GARCÍA-Pelayo, que aponta uma tipologia dos conceitos de Constituições (conceito racional normativo, conceito histórico tradicional, conceito sociológico), refere-se a uma crise do direito constitucional clássico. Acrescenta que dos três conceitos típicos de Constituição acima referidos apenas o racional norma-

(42) HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1971, trad. de José Antonio González Casanova, pp. 60 e ss.

(43) BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, Tomo V. *L'Etat Libéral et les Techniques Politiques de la Démocratie Gouvernée*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

(44) PRÉLOT, Marcel. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Dalloz, 1969, 4ª ed., pp. 204 e ss.; JEANNEAU, Benoit. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Librairie Dalloz, 1972, pp. 98 e ss.; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, trad. de ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, p. 216.

tivo teve importância decisiva para a formação da ciência do direito constitucional (45).

No constitucionalismo contemporâneo, mesmo aquele que tem suas raízes clássicas e admite as atualizações necessárias, ocorrem várias propostas de revisão da classificação das Constituições. JORGE CARPIZO refere-se às teorias tradicionais, isto é, àquelas que se baseiam, como critério classificador, unicamente nos postulados do texto constitucional. Recorda o critério de KARL LOEWENSTEIN, que, ao propor o critério ontológico, compara a norma com a realidade, o texto constitucional com sua aplicação. A partir dessa comparação, apresenta suas categorias. O publicista mexicano refere-se às diversas tentativas de classificação propostas. Entende que, para o conhecimento do sistema constitucional, devemos responder a três perguntas fundamentais:

a) Como estão estabelecidos e como operam na realidade as garantias e os direitos individuais? b) Que mínimos econômicos e sociais asseguram aos indivíduos e como operam na realidade? c) Qual é a estrutura do sistema político?

Após a exposição de suas idéias, aponta a seguinte classificação (com referências e critérios como: garantias individuais; mínimo econômico; estrutura do sistema político; separação de poderes e sistema de Partidos Políticos):

- a) democracias;
- b) quase-democráticas;
- c) de democracia popular;
- d) não democráticas (46).

A complexidade constitucional atual vem sendo realçada por autores como JORGE MIRANDA. Reunindo as lições de RENÉ DAVID, LOEWENSTEIN e SANCHEZ AGESTA, para aglutinação das ordens constitucionais existentes, chega a algumas poucas famílias ou tipos. Com esse entendimento enumera quatro grandes sistemas e famílias constitucionais da atualidade:

- a) os sistemas constitucionais de matriz britânica;
- b) os sistemas constitucionais de matriz americana;

(45) GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Manuales de la "Revista de Occidente", Madrid, 1951, 2ª ed., pp. 31 e ss.; ACHAVAL, Carlos Tagle. *Derecho Constitucional*. Tomo I, Introducción, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 119 e ss.

(46) CARPIZO, Jorge. La Clasificación de las Constituciones. Una Proposta. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Nova Série, Ano XIII, n.º 38, maio/agosto, 1980, pp. 376 a 380; WHEARE, K. C. *Modern Constitutions*, Oxford University Press, 1967; ROSS, Alf. Qu'est-ce que la démocratie? *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, tomo LXVI, n.º 1, jan/fev., pp. 29 e ss.

- c) os sistemas constitucionais de matriz francesa;
- d) os sistemas constitucionais de matriz soviética (47).

O publicista português, além de realçar a difusão de cada um desses sistemas, aponta outros sistemas constitucionais, que de uma forma ou de outra têm vinculações e influências dos quatro padrões referidos, com exceção de alguns deles.

— Outros sistemas constitucionais:

- o sistema constitucional suíço;
- os sistemas constitucionais alemão e austríaco;
- os sistemas constitucionais dos regimes fascista e fascizantes;
- os sistemas constitucionais dos países da Ásia e da África.

Os diversos sistemas apontados apresentam as particularidades dos múltiplos aspectos do constitucionalismo e as modificações que sofreram, desde o aparecimento de sua fórmula clássica. Destacam, também, o processo de universalização do constitucionalismo.

HAURIUO afirma que o moderno processo de constitucionalização, surgido nos fins do século XVIII, estendeu-se por todo o mundo, de modo progressivo e contínuo. Distingue quatro grandes períodos:

1 — O que sucedeu à Independência americana e à Revolução francesa de 1789.

2 — O que seguiu as revoluções francesas de 1830 e 1848.

3 — O que se produziu depois da primeira guerra mundial, após a queda da Alemanha, do desdobramento do Império húngaro, do Império otomano e do Império czarista, como o fenómeno da Revolução soviética e o nascimento da URSS.

4 — Por último, o que se desenrola desde o fim da Segunda Guerra Mundial e que está no fundamental, ligado com a descolonização do Terceiro Mundo (48).

Várias interrogações surgem nessa fase do constitucionalismo. CHARLES CADOUX faz a seguinte pergunta: Duas noções de Constituição? Ressalta que, sob a cobertura de um vocabulário jurídico e político quase semelhante, Estado liberal clássico e Estado socialista marxista desenvolvem, em definitivo, duas concepções dife-

(47) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. Preliminares. A Experiência Político-Constitucional. Introdução à Teoria da Constituição. Coimbra, Coimbra Editora, 1981, pp. 94 e ss.; *idem*, Tomos II e III, 1983.

(48) HAURIUO; André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, ob. cit., p. 98; MIRKINE-GUEITZEVITCH, B. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1936, 2ª ed.

rentes de Constituição. A noção de Constituição escrita e rígida, sem dúvida, perdeu, em nome do realismo sociológico, seu rigor clássico. Certos autores, como G. BURDEAU, falam de simples sobrevivência dessa noção. Ela permanece para caracterizar alguns traços específicos que asseguram a preeminência da regra jurídica como tal. A concepção marxista, apesar do movimento atual que tende a revalorizar a posição jurídica do texto constitucional, dá lugar privilegiado à *interpretação política e ideológica*. Resulta disso que o estudo comparativo das Constituições se transforma, por vezes, em monólogo ou impasses. Essa interpretação é reforçada em certos Estados denominados de socialistas-revolucionários que subordinam, expressamente, a análise e aplicação das Constituições às idéias e princípios formulados em uma "Carta da Revolução", que aparece em definitivo como único documento essencial, mas que não tem quase nada de jurídico (Constituição de Madagascar, 1975, Constituição da Argélia, de 1976) (49).

Os estudos sobre o constitucionalismo sofreram modificações importantes, no que diz respeito à sua metodologia, com influência da *Ciência Política* e do *Direito Político* nos processos referentes a investigações dos temas essenciais aos diversos sistemas constitucionais.

Essas alterações permitem indagações mais profundas sobre os diversos prismas das instituições políticas, consagrados na evolução do constitucionalismo, com substanciais buscas sobre o "valor real" das Constituições (50).

As Constituições, usando-se o termo em sentido rigoroso, por meio da fixação dos fundamentos dogmáticos e orgânicos da ordem política, pretendem assegurar e conseguir a reprodução das relações sociais burguesas. Já Ivo D. DUCHACEK entende que as Constituições comunistas dão deliberadamente a impressão de ser, simplesmente, uma breve parada, uma estação intermediária do

(49) CADOUX, Charles. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques — Théorie Générale des Institutions Politiques*. Paris, Cujas, 1980, 2ª ed., p. 146.

(50) DABIN, Jean. Sur la Science Politique, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n.º 1, jan./mar., 1954, pp. 5 e ss.; VILLENEUVE, M. de la Bigne de. *Traité Général de l'État. Essai d'une Théorie Réaliste de Droit Politique*. Paris, t. I, 1929; EISENMANN, Ch. Sur l'objet et la méthode des sciences politiques, em *La Science Politique Contemporaine*, Paris, publicação da UNESCO, 1950; LOEWENSTEIN, Carl. Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire, *Revue Française de Science Politique*, Paris, 1952; PERNIA, Herman Petzold. Constitución y Ciencia Política, *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Antioquia, Año XXXVII, Segunda Época, vol. XXXV, n.ºs 89-90, março/set., 1976, pp. 15 e ss.; MORAL, Antonio Torres del. Democracia y Representación en los Orígenes del Estado Constitucional, *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, n.º 203, set./out., 1975, pp. 145 e ss.

tipo democrático ou socialista, para a marcha dialética para a utopia comunista em que o Estado e, provavelmente, a Constituição desaparecerão.

Para a teoria marxista, a constitucionalização do poder é o sistema normal de dominação política no modo de produção capitalista, uma vez alcançada a maturidade dessa classe de relações de produção ⁽⁵¹⁾.

Apesar de todas as transformações do constitucionalismo, das interpretações ideológicas e do enriquecimento temático, são correntes as indagações sobre a formação do conceito de Constituição e da ordenação constitucional do Estado. Ao lado das formulações originárias da Constituição, como norma fundamental e fundamento do ordenamento jurídico-político, aparecem as questões de adaptabilidade da Constituição às futuras relações sociais, ante a perdurabilidade freqüente de algumas Constituições ⁽⁵²⁾.

4 — *Constitucionalismo social*

No constitucionalismo de entreguerras ocorre a confluência de tendências socialistas, liberais, cristãs, com influências nas Constituições, onde já começam a surgir as técnicas planificadoras. Na descrição dessas modificações, PABLO LUCAS VERDU ressalta a configuração do Estado de direito, como Estado social de direito. Sente-se a necessidade da constitucionalização das realidades econômico-sociais. Com as Constituições da Primeira Guerra Mundial e após a Segunda Guerra, as Constituições européias, antecedidas pela Constituição do México, de 1917, consagram os direitos econômicos e sociais (trabalho, seguro social, função social da propriedade, nacionalização, empresas públicas) ⁽⁵³⁾.

(51) NOGUEIRA, J. Vilas. La Constitución y la Reproducción del Orden Político Fundamental, *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 21, Nova Época, mai./jun., 1981, pp. 53 e ss.; PACHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Coimbra, Centelha, 1977, trad. de Soveral Martins.

(52) SALDANHA, Nelson. *Sobre a Formação do Conceito de Constituição Política*. Brasília, Fundação Milton Campos, n.º 3, jan./mar., 1977, pp. 32 e ss.; POLETTI, Ronaldo. A Ordenação Constitucional do Estado, *Política*, Brasília, Fundação Milton Campos, n.º 8, abr./jun., 1978, pp. 27 e ss.; DEBBASCH, Charles. DAUDET, Yves. *Lexique de Termes Politiques. États. Vie Politique et Relations Internationales*. Paris, Dalloz, 1981, 3ª ed., p. 86; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1977, pp. 146 e ss.; MOUSKHELY, Michel. Union des Républiques Socialistes Soviétiques. La notion soviétique de constitutions, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Paris, out./dez., n.º 4, 1955, p. 894.

(53) VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, 1972, pp. 30 e ss.

ERNST FORSTHOFF aponta as transformações ocorridas nas Constituições do Estado de direito, tendo em vista as rápidas alterações do direito constitucional. Ao mesmo tempo, apresenta o significado para a doutrina do direito constitucional, da libertação da interpretação unilateral e positivista da Constituição.

SMEND concorda que os institutos do direito constitucional devem ser reconhecidos pelas suas peculiaridades jurídicas. Essas indagações têm propiciado discussões acerca da própria noção de Constituição. FORSTHOFF lembra o título do estudo de BURDEAU (*Une Survivance: la Notion de Constitution*) publicado no trabalho em honra de Achille Mestre (*L'évolution de Droit Public*, Paris, Sirey, 1956). Como mecanismo que tem propiciado melhor interpretação da norma constitucional no ordenamento estatal, lembre-se o papel da Corte Constitucional Federal, que surge como um órgão constitucional representativo, através de uma justiça constitucional que pressupõe a divisão de poderes, mas um conceito específico da lei constitucional (54).

A evolução do constitucionalismo tem propiciado diversas tipologias das Constituições, que vêm acompanhando as variedades formais e materiais dos textos que são objeto das classificações. Vários ensaios objetivam apontar o entendimento que a doutrina apresenta, no que diz respeito às classificações das Constituições. As teorias tradicionais, que tomam como critério diferenciador os próprios textos constitucionais, distinguem-se da de KARL LOEWENSTEIN, que apresenta o fundamento ontológico, objetivando comparar a norma com a realidade, o texto constitucional com sua aplicação.

As orientações tradicionais encontram em JAMES BRYCE (*Constituições Flexíveis e Constituições Rígidas*) seu maior ponto de apoio, apresentando-as como Constituições escritas ou estatutárias e não escritas ou consuetudinárias. Dentre as críticas apontadas a essa classificação destaca-se a que ela acarreta dubiedades interpretativas, como a que se refere a que, ao lado de toda Constituição escrita, existem costumes e decisões judiciais que a completam, ampliam ou modificam. Por outro lado, mesmo na ocorrência de Constituições não escritas, existem estatutos e leis constitucionais. Dentro dessa interpretação, ALESSANDRO PIZZORUSSO fala em *concepção judicialista do direito constitucional* (55).

(54) FORSTHOFF, Ernst. *La Transformazione della Legge Costituzionale*, em *Stato di Diritto in Trasformazione*. Milão, Giuffrè-Editore, 1973, pp. 197 e ss.; VANOSSI, Jorge Reinaldo. *La democracia política y democracia social*, em *El Régimen Constitucional Argentino*, Ed. Idearium, Universidad de Mendoza, 1977; idem, *Etapas y transformaciones del constitucionalismo social (Los problemas del Estado Social de Derecho)*, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Buenos Aires, año XXIV, núm. 2, 1982.

(55) PIZZORUSSO, Alessandro. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Edição de "Il Foro Italiano", Roma, 1984, 3ª ed.

Para os partidários dessa dicotomia, como BRYCE, o critério discricionador assenta-se no entendimento de que as Constituições pressupõem o princípio de que as normas constitucionais possuem uma hierarquia superior, frente às leis ordinárias, pelo que não são reformáveis pelo Poder Legislativo, mas por um órgão e procedimento especiais. Ao lado dessas, existem Constituições reformáveis, através do mesmo procedimento utilizado para alteração das normas ordinárias.

Outras classificações tomam critérios diferentes como ocorre com WHEARE, STRONG, SMITH, LESLIE, WOLF-PHILIPS, BIDART CAMPOS, LUCAS VERDU, TAGLE ACHÁVAL, LINARES QUINTANA, QUIROGA LAVIÉ, IMRE KOVÁCS e BODO DENNERWRTZ, LOEWENSTEIN, JORGE CARPIZO (56).

Essas tipologias destacam alguns aspectos inerentes à natureza do Estado e da própria Constituição ou dão destaque à natureza do Poder Legislativo. Certos modelos destacam análises dos sistemas constitucionais, sendo que alguns refletem os aspectos formais já consagrados por BRYCE.

Justificando a utilidade da classificação das Constituições, antes de propor um critério para distingui-las, JORGE CARPIZO acen-tua: “podemos reiterar que existem duas óticas para acercar-se deste problema: a tradicional, que consiste em ressaltar as características mais relevantes da Constituição escrita ou codificada, isto é, circunscrever à análise do que expressa a Constituição escrita”. De acordo com a outra compreensão, a visão é ontológica, como a de LOEWENSTEIN, ao dedicar-se à comparação entre Constituição escrita ou codificada e a realidade em que é aplicada.

Entende, ainda, que o empenho classificador é útil ao direito comparado, além de destacar os respectivos sistemas políticos. No

(56) BRYCE, James. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952; WHEARE, K. C. *Modern Constitutions*. Londres, Oxford Paperbacks University Series, 1966; STRONG, C. F. *Modern Political Constitutions*. Londres, Sidgwick and Jackson Limited, 1970; WOLF-PHILIPS, Leslie. *Comparative Constitutions*. Londres, Macmillan Press, 1972; BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Ediar, 1975; LUCAS VERDU, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madrid, Editorial Tecnos, 1974, vol. II; ACHÁVAL, Tagle. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1976, T. I.; LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, t. II; QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ediciones Arid, 1964; CARPIZO, Jorge. La Clasificación de las Constituciones. Una propuesta — *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nova Série, ano XIII, n.º 38, maio/agosto, 1980, pp. 359 e ss.

que se refere à importância política, leva-nos a destacar qual é o melhor *tipo* de Constituição.

No início desse século, o movimento constitucional passou por diversas transformações. As forças sociais atuaram com grande vitalidade para essas modificações. Ressalta XIFRA HERAS que, a partir de 1919, surgiu no direito constitucional a tendência para abraçar o conjunto de vida social. Passaram a estender-se as normas jurídicas não apenas a todo mecanismo político, mas às relações econômicas e sociais.

A ampliação do conteúdo dos textos constitucionais tem levado a diversas investigações acerca da noção de Constituição, apesar da permanência de temas básicos para sua conceituação. Certos publicistas distinguem a Constituição em sentido *material* e em sentido *formal*. De conformidade com o primeiro enfoque, que tem sua expressão no direito constitucional, ela é entendida como o conjunto de normas concernentes à organização e funcionamento dos poderes públicos, sem distinguir as regras ou formas de sua edição: Constituição, lei orgânica, lei, resolução etc.

Na visão formal, a Constituição decorre de uma fórmula constituinte, proveniente de um órgão constituinte, que não pode ser modificada, a não ser pela mesma sistemática como foi criada ou através de um procedimento especial de revisão, conforme as expressões de CARRÉ DE MALBERG. No interior da Constituição formal, a homogeneidade das disposições não é evidente. É nesse sentido que CARRÉ DE MALBERG escreve que existem regras que não estão comprometidas com a organização do Estado, pelo que não têm caráter constitucional intrínseco, mas fazem parte da Constituição formal. Qualquer que seja o seu objeto, foram estabelecidas pelo órgão constituinte, consagradas que foram pelo ato constitucional. Distinguem-se, no seio do instrumento "constitucional formal", disposições que estabelecem as grandes funções entre os poderes públicos e fixam as modalidades técnicas de cada um deles. Encontram-se, assim, mesmo no interior da Constituição formal, disposições "materiais" e disposições "formais". Para STÉPHANE RIALS a distinção é relativa, destacando para seu raciocínio o entendimento de Kelsen: A inconstitucionalidade material é em última análise uma inconstitucionalidade formal (*La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution, la Justice Constitutionnelle*) (57).

Mesmo com este caráter de relatividade, a distinção é comum na doutrina da teoria jurídica, com diversas apresentações. Essas

(57) Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, ob cit.; MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1948, trad. de José Lión Depetre; Kelsen, Hans. *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)*, *Revue de Droit Public et Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, 1928.

incurções levam, também, a múltiplas indagações acerca do valor das *Declarações* e dos *Preâmbulos* constitucionais.

Os clássicos já debatiam o significado das Declarações e dos Preâmbulos. As Constituições de 1791, 1793, do Ano III e de 1848, na França, não se contentaram apenas em colocar as solenes *Declarações de Direito* à frente de seus textos, ao lado das enumeravam certos direitos que elas garantiam aos cidadãos (*garanties des droits*).

O valor das *declarações, preâmbulos e garantias* dos direitos merecem profundas reflexões. STÉPHANE RIALS ressalta que as indagações de DUGUIT e HAURIOU chocam os juristas, profundamente marcados pelo positivismo formalista. Citando DUGUIT, destaca esse trecho do publicista francês: o sistema das declarações de direitos visa determinar os limites impostos à ação do Estado, configura os princípios superiores que devem ser respeitados pelo legislador constituinte, como pelo legislador ordinário (JÈZE, *Valeur Juridique des Déclarations des Droits*) (58).

Com as novas Constituições, os temas referentes ao preâmbulo, declarações e garantias voltam a ocupar grandes espaços na literatura jurídica. O preâmbulo cresce de importância em algumas Constituições que, além de ampliá-lo, dão-lhe até valor ideológico e orientador do regime político. As declarações, além do crescimento de suas intenções, aparecem ao lado das proclamações dos direitos econômicos e sociais, ao passo que as garantias crescem, também, em substância e formulações processuais.

Todas essas noções, também, sofreram alterações profundas com o constitucionalismo social ganhando em dimensão e projeção nos textos constitucionais. ZIPPELIUS, no exame da origem dos direitos fundamentais e do catálogo dos mesmos, sua validade, eficácia, ressalta que eles têm, principalmente, a função de defender a liberdade individual, em casos de ingerências do poder estatal facilitadoras das ampliações totalitárias do Estado. A igualdade formal não seria suficiente para a plena realização da democracia econômica, social e participativa: "Este princípio de um tratamento igual de todos tende a estender-se para além de uma igualdade política puramente formal e uma igualdade principalmente econômica. Por trás duma igualdade apenas de posições jurídicas formais entre os homens pode esconder-se uma profunda desigualdade social" (59).

(58) RIALS, Stéphane. Les Incertitudes de la Notion de Constitution sur la Ve République, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, n.º 3, maio/junho, 1984, pp. 587 e ss.

(59) ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, 2ª ed., trad. de Antonio Cabral de Moncada. Prefácio de L. Cabral de Moncada, p. 178; PIZZORUSSO. *Curso di Diritto Comparato*. Milão, Giuffrè, 1983.

Com as transformações ocorridas nas concepções individualistas da sociedade, que serviram de base às Constituições políticas do século XIX, após a tentativa francesa de 1848, surgem as pressões de uma sociedade complexa, em que as formas associativas prevalecem, com evidentes influências na vida social.

As Constituições que vieram após a Primeira Guerra Mundial refletem as novas exigências, não ficam apenas preocupadas com a estrutura política do Estado, mas salientam o direito e o dever do Estado em reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade. Aos direitos absolutos da Declaração de 1789 contra-põem-se limitações, decorrentes das superiores exigências da coletividade. Aos princípios que consagram a atitude abstencionista do Estado impõe-se o do art. 151 da Constituição de Weimar: A vida econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça, objetivando garantir a todos uma existência digna.

A Constituição de Weimar foi típica dessa época, apesar da antecedência da mexicana de 1917, informadora das Constituições sucessivas como as da Romênia, da Estônia, da Lituânia, da Polônia e da Espanha.

A propriedade é garantida (art. 153, C. W.), mas sofre limitações decorrentes do interesse geral. As Constituições contemporâneas, como a italiana e outras, não são exclusivamente políticas, mas essencialmente sociais. O direito constitucional não resguarda apenas a estrutura e a organização política do Estado, mas ressalta os fundamentos de sua ação social⁽⁶⁰⁾.

O constitucionalismo contemporâneo sofre diversas influências, decorrentes da ampliação de seu conteúdo e de suas exigências, sem que na sua fórmula de democracia econômica e social tenha abandonado certos temas que lhe são essenciais⁽⁶¹⁾.

(60) CROSA, Emilio. *Diritto Costituzionale*. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1955, 4ª ed., pp. 28 e ss.

(61) PERGOLESI, F. La Costituzione come fonte di validità dell'ordinamento giuridico, em *Rivista di Diritto Pubblico*, 1937; CERETI, C. La norma costituzionale, em *Rivista di Diritto Pubblico*, 1940; AMORTH, A. *Il Contenuto Giuridico della Costituzione*, 1946; PIERANDREI, F. Saggio sulla teoria della Costituzione, em "Jus", 1951; BARILE, P. *La Costituzione como Norma Giuridica*, 1951; DUCLOS, P. *La Notion de Constitution dans l'Oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Paris, 1952; CROSA, E. Il concetto de costituzione nell'antichità classica e la sua modernità, em *Studi di Diritto Costituzionale in Memoria di L. Rossi*, 1952; SCHLESINGER, *Pouvoir Constituant*, 1933; ORIGONE, A. Potere costituente, em *Nuovo Digesto Italiano*; MORTATI, C. *La Costituente*, 1945; BERLIA, G. De la compétence des assemblées constituantes, em *Revue du Droit Public*, 1945; MORTATI, C. Appunti sul problema della fonte del potere costituente, em *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1946; ESPOSITO, C. Leggi vecchie e Costituzione nuova, em *Giurisprudenza Italiana*, 1948, III; idem, Efficacia delle regole della nuova Costituzione, em *Giurisprudenza Italiana*, 1948, III; PERGOLESI, F. Leggi vec-

(Continua)

Penetrando no campo dedicado à Teoria Geral do Direito, acerca da origem e da fonte mesma do Poder Constituinte, entende que a origem dele é anterior à positividade. O amplo conceito de Poder Constituinte distingue-o, profundamente, do poder de revisão e de interpretação da Constituição formal. O poder de revisão aproxima-se da natureza do Poder Constituinte, quando realiza modificações na Constituição formal, de conformidade com as regras pré-constituintes aceitas pelo Poder Constituinte em seu desenvolvimento histórico. Para o publicista italiano, não é possível modificar-se inteiramente a Constituição, através do exercício do simples poder de revisão. A Constituição pode ser alterada no seu texto formal, por via de emendas, isto é, mediante a atuação do poder de revisão. A manifestação mais considerável de exercício do Poder Constituinte, além disso, por meios pacíficos, é, por meio de fato normativo, produzindo transformações substanciais nos princípios relativos à forma de governo, contrariando a norma constitucional escrita. A doutrina moderna, através de MIELE, MORTATI e BOBBIO, reagrupando todos esses fenômenos de produção jurídica, debaixo do conceito unitário de *ato normativo*, aceita a possibilidade conceitual e material de colocar-se limite "formal" ou "substancial" ao desenvolvimento do Poder Constituinte. Sua característica fundamental é a de provocar a mutação do regime político. O Poder Constituinte tem a sua configuração mais autêntica, quando realiza a mutação da fórmula política, através de um só ato revolucionário, acompanhado ou não de violência. O procedimento da emenda constitucional ocorre, ao contrário, através do exercício do poder de revisão, regulado de modo conciso e claro na Constituição. O órgão revisor, normalmente, é o Parlamento, sendo possível a participação popular direta. Por intermédio do *referendum* que tem o caráter "facultativo" e "suspens-

(Continuação da nota 61)

chie e Costituzione nuova, em *Foro Italiano*, 1948, III; PIERANDREI, F. Validità e invalidità di leggi anteriori alla Costituzione, em *Giurisprudenza Italiana*, 1949, I; VALASSINA, M. Bon. Di un limite assoluto della potestà normativa in materia costituzionale, em *Archivio Giuridico*, vol. CXXXV; PIERANDREI, A. Efficacia abrogante delle norme della Costituzione, em *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, direção de A. Levi e P. Calamandrei 1950; RUFFIA, P. Biscaretti di. Sull'efficacia abrogante delle norme della Costituzione italiana, em *Foro Italiano*, 1951; FRANCHINI, F. Efficacia delle norme costituzionali, em *Archivio Penale*, 1950; GROPPALI, A. Conflitti tra la Costituzione e le leggi ordinarie precedenti, em *Studi Giuridici e Sociali*, 1954; MORTATI, C. Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale, em *Studi in Memoria di L. Rossi*, 1952; ORIGONE, A. *Sulle Leggi Costituzionali*, 1933; WALINE, M. Quelques réflexions sur la notion de Constitution en droit positif français, em *Archive de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1933; JENNINGS, W. J. *The Law and the Constitution*, 1945; LUCIFREDI, R. *L'Assemblea costituente*, 1945; BEGMANN, *Costituente e Costituzione Svizzera*, Firenze, 1946; MORTATI. Appunti sul problema della fonte del potere costituente, em *Rass. D. P.*, 1946.

sivo", configura-se a participação do corpo eleitoral na formação desse ato complexo ⁽⁶²⁾.

Apesar de toda a teorização democrática, ocorreram ataques veementes contra a legitimidade do Estado constitucional, que não passava de uma superestrutura ideológica ⁽⁶³⁾.

A teoria democrática clássica, denominada de democracia política, viu transformar muitos de seus postulados doutrinários tradicionais. Procurou-se a adoção de mecanismos de democracia econômica, conciliando-os com as técnicas da democracia política. A democracia liberal criou instituições políticas que pretenderam ser instituições da liberdade, caracterizadora da atual fase da democracia clássica (sufrágio universal, equilíbrio de poderes, pluralismo de Partidos, autogoverno, supremacia da lei).

As instituições jurídico-políticas têm por objetivo garantir o governo da maioria, respeitando os direitos da minoria. Entretanto, esse critério numérico recebeu diversas interpretações que decorrem das novas concepções em torno dos mecanismos de sua institucionalização. As liberdades públicas sofreram transformações essenciais, devido a fatos de ordem política, social, econômica e técnica, provenientes da democracia governante ou participativa, encorajando a intervenção do Estado, com profundas modificações no constitucionalismo. Diversos ensaios apontam o aparecimento de Conselhos Econômico-Sociais em Constituições como a da França, para a proposição de soluções de caráter econômico e social. Os princípios ideológico-políticos são acentuados em diversos regimes políticos, com transformações essenciais no conteúdo dos textos constitucionais. JUAN FERNANDO BADIA (*El Régimen Político Italiano*, pp. 393 e ss.) afirma que a Constituição italiana de 1947 é típica da época em que foi redigida, isto é, refletiu o movimento constitucional do segundo pós-guerra, com características acentuadas de uma democracia social, frente a juramento formal, ocorrida com o estabelecimento de uma república parlamentar (N. BOBBIO e F. PIERANDREI, *Introduzione alla Costituzione*, Laterza, 1982) ⁽⁶⁴⁾.

As primeiras Constituições deram saliência à participação política, com o grande destaque à cidadania, efetivada pela mani-

(62) BARILE, Paolo. La Revisione della Costituzione, em *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, Direção de Piero Calamandrei e Alessandro Levi, vol. segundo, Firenze, G. Barbèra Editore, 1950, pp. 465 e ss.

(63) KRIELE, Martins. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricas de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Buenos Aires, Depalma, 1980, trad. de Eugênio Bulygin, pp. 310.

(64) BADIA, J. Ferrando (Coordenador). CONDE, E. Alvarez. SEGADO, F. Ferrnandes. COTARELO, J. Garcia Hernandez, J. C. González. RIVERO, C. Nuñez. LOPEZ, M. Pastor. FERRIZ, R. Sanchez. *Regimenes Políticos Actuales* (obra coletiva). Madrid, Tecnos, 1986, p. 393; BADIA, Juan Ferrando. *Democracia frente a Autocracia*. Madrid, Tecnos, 1980.

festação eleitoral. Os textos constitucionais, acertadamente, afirma FERRANDO BADIA, ofereciam visão parcial e insuficiente da vida política. A participação política reveste-se de várias modalidades, refletindo a diversidade dos regimes políticos, sendo que ela pode ser por via individual ou por intermédio de grupos. As Constituições proclamam o direito de associação, à proporção que as democracias pluralistas determinam a constitucionalização dos Partidos Políticos. Com as transformações surgidas na teoria democrática clássica, aparecem as alterações que levam ao Estado social e ao poder intervencionista. A democracia econômica apresenta concepções diferenciadas, sendo que influenciam a própria concepção de cidadania, entendida como participação em todos os níveis da vida econômica, social e política, com resultados na progressiva socialização e politização dos governados, através da efetiva intervenção nas relações de poder. O sistema de valores, as ideologias e instituições refletem essas novas perspectivas. Esse constitucionalismo opõe-se à democracia individualista, com critérios diferenciados.

A Teoria Constitucional dos Direitos Políticos e dos Direitos Sociais procura, em muitos regimes, conciliar as duas tendências. Opõe-se uma concepção formal e política de Constituição a uma compreensão material ou social da mesma.

A concepção tradicional de Constituição, resultante do constitucionalismo clássico, compreendia-se como um ato que organiza as bases dos poderes públicos, em oposição à Constituição da monarquia absoluta. Tratava-se de um ato que materializava as conquistas das liberdades, tidas como símbolo dos regimes liberais, democráticos e republicanos. Os juristas contemporâneos afastaram-se dessa noção formal de Constituição, aceitando um entendimento mais amplo.

A concepção "política" é mais ampla do que a definição "formal" da Constituição, mas ela não procura representar a realidade constitucional. Para PIERRE LAVIGNE existe pouca diferença entre o exame dos atos que organizam os Poderes Públicos (concepção política formal) e a concepção política material. Toda definição formal de Constituição corresponde a uma concepção da "Constituição política".

Com o tempo não mais concebia-se a Constituição como uma simples regra de procedimento político, mas em sua plenitude social. Os estudos constitucionais passam a receber influência da sociologia. Deve ser parte dos estudos sociológicos, sem abandonar o aspecto jurídico da estrutura social. Essa concepção de Constituição é diferente daquela dos racionalistas da Revolução francesa.

Com DUGUIT e HAURIUO surgem outras concepções jurídicas. No seu *Traité de Droit Constitutionnel* aparece a *concepção solidarista*

de Constituição. HAURIU propõe, em sua teoria institucional, definir a Constituição como o conjunto de regras fundamentais relativas ao estatuto político e social do Estado.

A expressão Constituição material ou social aparece em alguns doutrinadores, chegando-se a afirmar que a Constituição política entra em desacordo com a Constituição social, porque essa é menos liberal do que a primeira. Entretanto, pensa-se, também, que a concordância entre a Constituição política e a Constituição social propicia o estabelecimento de um Estado constitucional estável. Essas relações são consideradas essenciais para a vida jurídica das instituições.

As normas constitucionais para serem eficazes devem ser garantidas pelo direito. Ao lado da hierarquia das instituições, aceita-se uma hierarquia dos direitos individuais e sociais. Como teórico da revolução, SIEYÈS fez uma classificação racional dos direitos individuais, distinguindo-os em: direitos civis e direitos individuais, relacionando-os como direitos civis e direitos políticos. PELLEGRINO ROSSI entendeu como incompleta a distinção, apontando a seguinte discriminação: direitos privados, públicos e políticos.

As concepções sociológicas de Constituição provocaram novos entendimentos sobre a distinção. A expressão "direitos sociais" deveria ser adotada em substituição aos "direitos políticos", para compreender as disposições fundamentais da legislação positiva. Os direitos sociais e os direitos políticos surgem nos textos constitucionais, sendo que a nova teoria permitiu a fixação dos quadros do direito constitucional do trabalho ⁽⁶⁵⁾.

O constitucionalismo social encontrou a sua melhor interpretação no momento em que os diplomas constitucionais deram dimensão jurídica à ordem econômica e social, iniciado com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar.

O regime dos direitos constitucionais, nos modernos diplomas, tem merecido variadas apreciações que ressaltam a amplitude de seu conteúdo. Denominados de *liberdades públicas*, *direitos humanos*, *direitos fundamentais*, *direitos individuais*, *direitos políticos*, *direitos naturais*. As próprias Constituições empregam uma terminologia constitucional variada.

Nesse sentido, AURELIO GUAITA, no relacionamento das classificações e catálogos dos direitos constitucionais, afirma que eles são susceptíveis de múltiplas discriminações. Ao mesmo tempo ressalta que, em qualquer circunstância, deve-se entender que os

(65) LAVIGNE, Pierre. *Le Travail dans les Constitutions Françaises 1789-1945. Les Bases Constitutionnelles du Droit du Travail*. Paris, Recueil Sirey, 1948, pp. 14 e ss.

poderes públicos promovam as condições de “liberdade” e “igualdade” do indivíduo e dos grupos, para facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social. Entende que essa relação permite a classificação material dos direitos na Constituição espanhola, sendo que eles figuram nos pactos internacionais subscritos por aquele Estado. De conformidade com o texto mencionado, propõe a seguinte classificação: a) liberdades (abstenção dos Poderes Públicos — direitos de liberdade frente ao poder); b) direitos políticos (participação e liberdade frente ao poder); c) direitos econômico-sociais ⁽⁶⁶⁾.

Como resultado de um constitucionalismo democrático e social, convém ressaltar o desdobramento desses direitos constitucionais:

a) *direitos fundamentais e liberdades públicas*: igualdade, direito à vida e à integridade física e moral; liberdade ideológica, religiosa e de culto; direito à liberdade e à segurança; direito à honra, à intimidade pessoal e familiar, bem como à própria imagem; inviolabilidade do domicílio; segredo das comunicações; direito de eleger livremente a residência, circular por todo o território nacional, entrar e sair livremente da Espanha, liberdade de expressão, difusão e comunicação de pensamentos, idéias e opiniões, direito de receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão; direito de reunião; direito de associação; direito de participar nos assuntos públicos e de ascender a funções e cargos públicos; direito de obter a tutela efetiva dos tribunais e de não ser sentenciado com base em leis anteriores que motivaram a sanção; direito à educação e à liberdade de ensino, de criação de centros docentes e de cátedra; direito de sindicalizar-se livremente assim como de fundar sindicatos, direito de folga, direito de petição individual e coletiva;

b) *direitos dos cidadãos*: contrair matrimônio; a propriedade privada e a herança; direito ao trabalho, com livre escolha de profissão ou ofício; direito à negociação coletiva trabalhista; adoção de medida de conflito coletivo; liberdade de empresa, de conformidade com a economia de mercado;

c) *princípios diretores da vida política, social e econômica*: proteção à família; seguro social e no trabalho; distribuição mais equitativa da renda; promoção da juventude; proteção aos desprotegidos; proteção à terceira idade; aos consumidores; direito à pro-

(66) GUAITA, Aurelio. Régimen de los Derechos Constitucionales, *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, n.º 13, Primavera, 1982, pp. 80 e 81; MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Introdução e Tradução de Jorge Miranda. Lisboa, Livraria Petrony, 1977; idem, *Direitos do Homem, Declaração Universal. Pactos Internacionais. Convenção Europeia*. Coletânea Organizada por Jorge Miranda. Lisboa, Livraria Petrony.

teção da saúde, da cultura, possibilitando a cada um desfrutar de meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, permitindo desfrutar uma vida digna e adequada.

Os direitos fundamentais e as liberdades públicas são protegidos constitucionalmente, com plenas garantias, mas não são ilimitados. Existe proteção especial para todos os direitos acima mencionados. As normas relativas aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados são interpretadas de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tratados e acórdãos internacionais ratificados pela Espanha. Os direitos fundamentais têm proteção judicial especial.

Compreende-se que os princípios que regem a vida social e econômica não são entendidos como meras *declarações programáticas*, simples promessas ou um catálogo de bons desejos juridicamente irrelevantes. O reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios aí reconhecidos deverão informar a legislação positiva, bem como a prática judicial e a atuação dos Poderes Públicos (67).

O constitucionalismo social contemporâneo ficou enriquecido com os princípios informadores da ordem econômica e social procurando os processos democráticos ajustar-se com as garantias individuais. As técnicas institucionalizadoras de proteção eficaz desses direitos são essenciais ao Estado constitucional democrático e social: Qualquer cidadão poderá reclamar a tutela das liberdades e direitos reconhecidos pelo artigo 14 e a Seção I do Capítulo Segundo, ante os tribunais ordinários, por um procedimento baseado nos princípios de preferência e sumariedade, e, em seu caso, mediante o recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional (68).

A constitucionalização dos direitos sociais expressa as novas tendências da democracia econômica, social e participativa. Os Estados contemporâneos, ao determinarem o seu estatuto político, estabelecem os critérios e as formas de seu desenvolvimento econômico, social e cultural. A Constituição de Weimar consagrou em seu art. 151 os direitos sociais, dedicando substancial parcela à vida econômica, devendo sua organização corresponder aos princípios de justiça e ter como finalidade garantir a todos uma existência digna: "Durante o século XX uma nova série de reivindicações econômicas e sociais ampliou o espectro dos direitos humanos. Como eles dependem, para sua obtenção, de uma política afirmativa do governo, podem ser qualificados coletivamente como direitos positivos. Em termos legais, eles devem satisfazer necessidades humanas básicas que não se encontrarem satisfeitas, de nenhum outro modo, pelo sistema sócio-econômico. No século XX, a influên-

(67) GUAITA, Aurelio. Régimen de los Derechos Constitucionales, ob. cit.

(68) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

cia tanto dos Partidos Políticos como dos sindicatos dos trabalhadores tem sido decisiva na promoção da política dos “direitos positivos” de previdência social. Nas primeiras etapas do desenvolvimento desta política os que a advogavam foram freqüentemente eficazes em demonstrar que a previdência social beneficia a eficiência industrial, e tem mostrado habilidade na aplicação do simbolismo e da retórica dos direitos humanos no campo da política da assistência social (69).

Ao examinar o conteúdo econômico da Constituição brasileira de 1946, WALDEMAR FERREIRA anotou: “Tornou-se moeda corrente a teoria da intervenção do Estado na vida econômica e pleiteou-se nova declaração dos direitos do homem, que estabelecesse nova ordem social asseguradora de prosperidade para todos” (70).

O desenvolvimento do constitucionalismo social propiciou decisiva transformação do conteúdo dos textos constitucionais permitindo ingressar nesses diplomas um elenco de assuntos que estavam fora do âmbito das normas fundamentais. A juridicização dos direitos sociais constitui etapa substancial dessa nova fase do direito constitucional, reveladora da democracia econômica e social. As novas tendências vieram enriquecer as exposições de LOCKE, WOLFF, BLACKSTONE, ROUSSEAU e SIEYÈS, quando elaboraram as primeiras formulações doutrinárias dos direitos individuais e superiores aos do Estado. Ao tratar da *Teoria dos Direitos Individuais*, A. ESMÉIN ressaltou a igualdade civil e a liberdade individual, sem deixar de apontar a importância da regulamentação desses direitos pela lei.

A conciliação da compreensão dada aos direitos fundamentais, com as modernas técnicas do constitucionalismo social, com efetivos mecanismos de garantias, pode gerar um processo democrático, que efetive a participação política, econômica e social (71).

(69) CLAUDE, Richard Pierre. *Comparative Human Rights*. John Hopkins University Press, 1976.

(70) FERREIRA, Waldemar. O Conteúdo Econômico da Constituição Brasileira de 1946, em *Direito, Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, ano IX, vol. LIV, nov./dez., 1948, p. 36; idem, O Problema do Trabalho na Constituição Brasileira de 1946, ibidem, vol. LII, julho/agosto, 1948, pp. 5 e ss.; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico do Trabalho*. Belo Horizonte. Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985.

(71) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, 2ª ed., pp. 500 e ss.; CUNHA, Fernando Whitaker da. *Direito Político Brasileiro (A Estrutura Constitucional)*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 114 e ss.; PÉREZ, Leandro Azuara. *Fundamentación Filosófica de las Garantías Individuales*, *Revista da Facultad de Derecho de México*, Universidad Autónoma de México, Tomo XXVII, nºs 107-108, julho-dezembro, 1977, pp. 465 e ss.; CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1946*. São Paulo, Editora Revista dos
(Continua)

Os direitos econômicos e sociais, provenientes das determinações ideológicas do Estado social de direito, tiveram grande repercussão nas modificações que ocorreram nas interpretações contem-

(Continuação da nota 71)

Tribunais, 1972; SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1983; HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos individuais, Separata da *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 20, n. 79, jul./set., 1983; FIGUEREDO JR., César Crissúma de. *A Liberdade no Estado Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 1979; AMARAL J. Luciano. *Regime Constitucional dos Direitos Políticos no Brasil*. Edição Saraiva, 1980; VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito. Direitos Individuais e Direitos Sociais*. São Paulo, Edições LTR, 1979; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Que São Direitos da Pessoa*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1982, 2ª ed.; SIDOU, J. M. Othon. Os Direitos Individuais na Constituição Espanhola, *Revista Forense*, n. 17, ano 2, dezembro, 1978, pp. 7 e 8; CAMPOS, German J. Bidart. *Los Derechos del Hombre. Filosofía. Constitucionalización. Internacionalización*. Buenos Aires, Ediar, 1973; SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. "The Bill of Rights"*. Rio de Janeiro, Forense-Universitário, 1979, trad. de A. B. Pinheiro de Lemos; POUND, Roscoe. *Liberdade e Garantias Constitucionais*. São Paulo, IBRASA, Instituição Brasileira da Difusão Cultural S/A, 1976, trad. de E. Jacy Monteiro, 2ª ed.; idem, *Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade*, 1965; TOBENAS, José Castán. *Los Derechos del Hombre*. Madrid, Reus S/A, 1976, 2ª ed.; GALVAO, Paulo Braga. *Os Direitos Sociais nas Constituições*. São Paulo, Editora LTR, 1981; SALDANHA, Nelson. *Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1980; CRETELLA JR., J. *Liberdades Públicas*. São Paulo, José Bushatsky, 1974; SILVA, Floriano Correa Vaz da. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo, Edição LTR, 1977; PICANÇO, Aloysio Tavares. *Arbitrio e Liberdade*, 1982; MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direito do Homem*. Introdução e tradução de Jorge Miranda. Lisboa, Livraria Petrony, 1977; idem, *Direitos do Homem. Declaração Universal. Pactos Internacionais. Convenção Européia*. Coletânea organizada por Jorge Miranda. Lisboa, Petrony, 1979; MARKSOUD, Henry. *Ensaio sobre a Liberdade*. São Paulo, Editora Visão Ltda., 1981; OLIVEIRA, Almir de. *Democracia e Direitos Humanos*. Juiz de Fora, Instituto Cultural Santo Tomás de Aquino, 1983; idem, *Direito Constitucional Brasileiro e direitos humanos*, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 20, n. 79, jul./set., 1983, pp. 179 e ss.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Estado de Direito e o Direito do Estado*. São Paulo, José Bushatsky, 1977; GUIMARAES, Ary Florencio. O Mandado de Segurança como instrumento de liberdade civil e liberdade política, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, ano 19, n.º 19, 1978-1979-1980, pp. 5 e ss.; NICZ, Alvacir Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981; BARZUN, Jacques. *Da Liberdade Humana*. Rio, Zahar Editores, 1965, trad. de Alvaro Cabral; WALINE, Marcel. *L'Individualisme et le Droit*. Paris, Editions Domat Montchestriru, 1945; *Direitos Humanos*, *Revista da OAB-RJ*, n.º 19, 2.º quadrimestre de 1982; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades Públicas (Parte Geral)*. São Paulo, Edição Saraiva, 1978; MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na Atividade Econômica. Limites Jurídicos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979; CARVALHO, Cid. *Lições de Direitos Humanos (realidade jurídico-científica)*. Belo Horizonte, 1979; SANTOS, Aricé Moacyr Amaral. *Em que Medida os Direitos Humanos Podem Legitimar uma Ordem Jurídica?* Separata da *Revista Vox Legis*, Seção de Doutrina, São Paulo, Sugestões Literária S.A.

porâneas das Declarações de Direitos. Essas normas sociais passam a tutelar certos bens (trabalho, saúde, habitação, cultura, família), não ficando apenas com a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade. Passaram a surgir indagações sobre a efetividade desses direitos, bem como sobre o sistema de garantias dos mesmos, tendo à vista a posição que teriam frente aos direitos fundamentais e às liberdades públicas. A regulação do *processo produtivo*, com a constitucionalização dos princípios da política social e econômica, leva às reflexões sobre a intervenção pública na vida econômica. A própria expressão *Constituição Econômica*, tida como o conjunto de normas básicas necessárias ao estabelecimento da jurisdição da atividade econômica, para ordenamento do processo econômico, ganha grande realce⁽⁷²⁾.

A evolução do constitucionalismo clássico, para o constitucionalismo social, aponta inúmeras alterações que provêm desde o liberalismo, na sua fase original até as modificações mais recentes. A ideologia predominante concebia a ordem social e econômica como produto espontâneo e natural das relações e equilíbrios entre os homens e os fatores sócio-econômicos. Ressalta BIDART CAMPOS que a participação dos governados, a extensão dos direitos políticos, por intermédio do sufrágio universal, não eliminaram as diferenças nas condições sócio-econômicas entre os homens. Do ponto de vista de uma democracia, apenas política, a ampliação e generalização das liberdades, com o aumento dos direitos políticos das pessoas que não tinham qualquer titularidade, constitui fase essencial para as instituições políticas, com o surgimento de técnicas eleitorais novas.

(72) PELAYO, M. Garcia. Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución, em *Obra Coletiva, Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Zaragoza, 1979; LOJENDIO, I. M. de Derecho Constitucional Económico. *Constitución y Economía*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977; COTARELO, R. Garcia. El régimen económico-social de la Constitución española. *Lecturas sobre la Constitución Española*. Madrid, UNED, 1978, vol. I; GARRIDO, F. *El Modelo Económico en la Constitución Española*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981; GARRORENA, A. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Universidad de Murcia, 1980; FORSTHOFF, E. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975; ALZAGA, O. *La Constitución Española de 1978. Comentario Sistemático*. Madrid, Ediciones El Foro, 1978; FALLA, F. Garrido. *Obra Coletiva. Comentarios a la Constitución*. Madrid, Civitas, 1980; CREMADES, J. L. Gil. Las Ideologías en la Constitución española de 1978, em *Obra Coletiva, Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Zaragoza, 1979; ESTEBAN, J. de GUERRA, L. López. *Obra Coletiva. El Régimen Constitucional Español*. Madrid, Ed. Labor, 1980-82, 2 vols.; BARBA, G. Peces. Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 61; BARILE, S. Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, em *Obra Coletiva*, dirigida por A. Predieri e E. Garcia de Enterría, em *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*. Madrid, Civitas, 1980; BARGA, G. Peces. *La Constitución Española de 1978*. Valencia, Fernando Torres Editor, 1981.

Do movimento constitucionalista clássico, ao constitucionalismo social, encontramos várias etapas, que representam a passagem para a democracia social e ao Estado do bem-estar social. Nem sempre os critérios apontados para ressaltar essa evolução são suficientes para um exame real das múltiplas tendências do constitucionalismo contemporâneo, tendo em vista as 162 Constituições, conforme levantamento do Prof. ALBERT P. BLANSTEIN (73).

A partir de 1914 percebem-se transformações profundas que vêm acompanhando as diversas Constituições, sendo que as mesmas as refletem no seu teor e nos assuntos elevados a nível constitucional. Novas alterações foram sendo constatadas nos textos que surgiram nos períodos que vieram após a Primeira Grande Guerra Mundial. Esses novos ciclos constitucionais permitiram essenciais modificações nas cartas políticas, com reflexos profundos no conteúdo de seus textos.

Algumas particularidades são mais significativas quando nos propomos verificar as controvérsias que se verificam nas relações entre direito e poder e direito e Estado, nas peculiaridades do constitucionalismo soviético. A teoria marxista decorrente das obras de MARX e ENGELS, em vários textos, negam o valor intrínseco do direito, mas consideram o poder do Estado como um meio de repelir a forma capitalista de produção. No marxismo clássico, a idéia da negação do caráter jurídico do Estado está ligada à sua temporariedade, desde que ele se destina a desaparecer. Mas no curso da evolução histórica viram a necessidade da organização presente do

- (73) Afeganistan (1980); Albania (1976); Argélia (1976); Andorra (1868); Angola (1980); Antigua & Barbuda (1981); Argentina (1853); Austrália (1901); Áustria (1920); Bahamas (1973); Bahrain (1973); Bangladesh (1972); Barbados (1966); Belgium (1831); Belize (1981); Benin (1979); Bhutan (1953); Bolívia (1967); Botswana (1966); Brasil (1967-1969); Brunei (1984); Bulgária (1971); Burkina Faso (1977); Burma (1974); Burundi (1981); Camerão (1972); Canadá (1982); Cape Verde (1981); Central African Rep. (1981); Chad (1982); Chile (1980); China (PCR) (1982); China (Taiwan) (1947); Colômbia (1886); Comores (1979); Congo (1979); Costa Rica (1949); Cuba (1976); Cyprus (1960); Czechoslovakia (1960); Dem. Kampuchea (1931); Dem. Yemen (1978); Denmark (1953); Djibouti (1977); Dominica (1978); Dominican Republic (1966); Ecuador (1978); Egypt (1971); El Salvador (1983); Equatorial Guinea (1982); Ethiopia (1977); Fiji (1970); Finlândia (1919); France (1958); Gabon (1975); Gâmbia (1970); Germany (DR) (1974); Germany (FR) (1949); Ghana (1982); Greece (1975); Grenada (1974); Guatemala (1982); Guinéa (1982); Bissau (1973-1984); Guyana (1980); Haiti (1983); Honduras (1982); Hungary (1972); Iceland (1944); Índia (1949); Indonésia (1945); Iran (1979); Iraq (1970); Ireland (1937); Israel (N/A); Italy (1947 ou 1948); Ivory Coast (1959); Jamaica (1962); Japan (1947); Jordânia (1952); Kenya (1969); Kiribati (1979); Korea (PDR) (1972); Korea (Rep) (1980); Kuwait (1962); Laos (1975); Lebanon (1926); Lesotho (1983); Libéria (1984); Líbia (N/A); Liechtenstein (1921); Luxembourg (1868); Madagascar (1975); Malawi (1966); Malaysia (1963); Maldivas (1968); Mali (1974); Malta (1961); Mauritania (1978); Mauritius (1968); México (1917);
- (Continua)

Estado. Os atos constitucionais dos anos 1917 e 1918 e outros mais recentes demonstram várias contradições desse processo. MIRKINE-GUETZEVITCH acentua que uma rápida análise das primeiras Constituições soviéticas revela que conservaram, sob o ponto de vista formal, alguns vestígios democráticos, configuradores da teoria geral do Estado soviético. Mas ressalta a distinção essencial que existe quando comparada com as formas do direito público europeu. Essa teoria geral do Estado soviético está fundada sobre a negação do princípio de que o Estado está ligado ao direito, além de seu caráter jurídico.

A teoria geral do Estado soviético, em sua parte ideológica, está construída sobre a negação absoluta do caráter jurídico do Estado. Essa construção apóia-se em um sistema singular de órgãos do poder que confundem as competências legislativas e executivas (74).

Várias alterações ocorreram no constitucionalismo soviético, ora com tendências à valorização das administrações econômicas regionais, ora à predominância da direção central, com ministérios para diferentes ramos da economia. A consolidação do Partido Comunista aparece no art. 6º da Constituição de 7 de outubro de 1977, refletindo a importância e legitimidade da burocracia do Partido: a força dirigente e orientadora da sociedade soviética e o núcleo do seu sistema político, das organizações estatais e sociais é o Partido Comunista da União Soviética. Defendendo a doutrina marxista-leninista, o Partido Comunista determina a perspectiva

(Continuação da nota 73)

Monaco (1962); Mongolia (1960); Morocco (1972); Mozambique (1975); Nauru (1968); Nepal (1962); Netherlands (1983); New Zealand (1852); Nicaragua (1979); Niger (1960); Nigeria (1979); Norway (1814); Oman (N/A); Pakistan (1973); Panama (1978); Papua New Guinea (1975); Paraguay (1967); Peru (1979); Philippines (1981); Poland (1952); Portugal (1982); Qatar (1970); Romania (1974); Rwanda (1978); St. Christopher-Nevis (1983); St. Lucia (1979); St. Vincent (1979); *San Marino (não incluída)*; *São Tomé Príncipe* (1975); Saudi-Arabia (N/A); Senegal (1963); Seychelles (1979); Sierra Leone (1978); Singapore (1963); Solomon Islands (1978); Somali (1979); South Africa (1984); Spain (1978); Sri Lanka (1978); Sudan (1973); Suriname (1982); Swaziland (1973); Sweden (1975); Switzerland (1874); Syria (1973); Thailand (1978); Togo (1979); Tonga (1967); Trinidad & Tobago (1976); Tunisia (1959); Turkey (1982); Tuvalu (1978); Uganda (1967); U.S.S.R. (1977); United Arab Emirates (1971); United Kingdom (N/A); U. Rep. Tanzania (1977); U.S.A. (1787); Uruguay (1967); Vanuatu (1980); Venezuela (1961); Vietnam (1980); Western Samoa (1969); Yemen Arab Republic (1970); Yugoslavia (1974); Zaire (1978); Zambia (1973); Zambabwe (1979).

(74) MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *La Théorie Générale de L'État Sovietique*. Paris, Marcel Giard, 1928. Prefácio de Gaston Jéze; DI RUFFIA, Paolo Bicaretti. REGHIZZI, Gabriele Crespi. *La Costituzione Sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1979; LÓPEZ, Fernando Santaolalla. *La nueva Constitución soviética de 7 de octubre de 1977*, em *Documentación Administrativa*, num. 179, julho/setembro, Madrid, 1978.

geral do desenvolvimento da sociedade, a linha da política interior e exterior da URSS. Dirige a atividade criadora do povo soviético, imprimindo um caráter sistemático e científico, fundamento da luta pelo triunfo do comunismo. Pelo que, todas as organizações do Partido atuam de maneira efetiva na compreensão da Constituição da URSS. Com a Constituição de 1977, o Partido deixa de ser vanguarda dos trabalhadores, mas é considerado como instrumento de todo o povo, pelo que serve de base para fundamentar o crescimento de suas funções, sendo, também, o inspirador das orientações políticas do Estado. A Constituição refere-se ao Estado como sendo de todo o povo, em lugar do Estado da ditadura do proletariado, como ocorria com as Constituições anteriores (75).

ANGEL-MANUEL ABELLAN mostra como o marxismo, em sua prática política, contradiz sua ideologia antiburocrática, criando um aparato burocrático onipotente, à frente do qual se encontra uma classe política que detém absolutamente o poder, os privilégios e a propriedade coletiva, sem participação da massa trabalhadora. As forças reais que procuram superar a burocracia socialista são aquelas que tratam de chegar a uma sociedade "autogestionada" pelos próprios trabalhadores. A ausência da gestão nos centros de produção, de empresas e fábricas pelas mesmas forças produtivas, torna impossível o controle democrático da produção, com a eliminação da burocracia. O controle da produção conduz à direção do processo econômico, dando em consequência o controle do poder político e burocrático. Parte da teoria marxista defende a autogestão e os Conselhos Operários. ANTÔNIO GRAMICI elaborou uma teoria dos conselhos obreiros e camponeses, como organizações de democracia proletária. ANTON PANNEKOEK, considerado como teorizador dos conselhos obreiros, destaca que na nova orientação do socialismo a "autogestão" da produção é decisiva (76).

Entre os vários segmentos do constitucionalismo contemporâneo, muitos estudos dão destaque às características da nova Constituição chinesa, que arquiteta os princípios ideológicos, econômicos, sociais e culturais do regime. A primeira Constituição da República Popular da China foi aprovada em 20 de setembro de 1954, tendo entrado em vigor no ano de 1955 (com quatro capítulos

(75) ESTEBAN, Jorge de. VARELA, Santiago. *La Constitución Soviética*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1978; RUIZ, H. Oehling. *La Nueva Constitución Soviética de 7 de octubre de 1977*, em *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 2, março/abril, Madrid, 1978; GARCIA, Pelago Manuel. *Burocracia y Tecnocracia*. (Cap. Supuestos estructurales de los sistemas político-constitucionales de los países socialistas). Madrid, Alianza Editorial, 1974.

(76) ABELLAN, Angel-Manuel. *Burocracia y Régimen Soviético*, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nova Época, n.º 39, maio/junho, 1984, pp. 143 e ss.

e 106 artigos). A segunda Constituição foi aprovada em janeiro de 1975. Seu texto é bem sintético, pelo que tinha quatro capítulos e apenas trinta artigos. Em seguida, houve a terceira Constituição (1978), que foi aprovada em fevereiro, tendo entrado em vigor no dia 15 de março do mesmo ano (com quatro capítulos e sessenta artigos). Ressalta JUAN LU CHAI que cada uma dessas Constituições corresponde a um período da Revolução, ao mesmo tempo que aponta algumas de suas características: trata-se de um Estado socialista da ditadura do proletariado, dirigido pela classe operária, baseado na aliança operário-camponesa; o Partido Comunista é o núcleo dirigente de todo o povo; seu regime consagra a existência da Assembléia Popular Nacional, como sistema unicameral; os componentes da Assembléia Popular Nacional são nomeados ou eleitos pelo Partido Comunista Chinês; a República Popular da China é um Estado multinacional unitário, no qual a estrutura do Estado é constituída por órgãos do poder estatal: a Assembléia Nacional e as Assembléias Populares Locais, em diversos níveis, não têm a complexidade e a liberdade dos Parlamentos europeus, desde que o Partido Comunista tudo decide.

A quarta Constituição (1982) é considerada como revisionista, pelos seus aspectos altamente reformistas. A 23ª sessão do Comitê Permanente da V Assembléia Popular Nacional, de 22 de abril de 1982, publicou o projeto de reforma da Constituição. O conteúdo da nova Constituição é mais amplo e detalhado, no que diz respeito à sua forma, conceito, direitos e obrigações fundamentais dos cidadãos. Visou reforçar a democracia. A Constituição restaurou a autoridade do Presidente da República, sendo que passa a exercer as seguintes funções: promulgar leis; nomear ou destituir o primeiro ministro do Conselho de Estado e os demais ministros; outorgar as condecorações e os títulos honoríficos do Estado; decretar a anistia especial; impor a lei marcial; declarar estado de guerra e decretar mobilização; receber os representantes diplomáticos estrangeiros; enviar ou retirar os representantes da nação em outros Estados; ratificar ou anular tratados e acordos concluídos com Estados estrangeiros. Como características dessa Constituição podemos salientar, em seu preâmbulo, quatro princípios: o caminho socialista; a ditadura da democracia popular; a supremacia do Partido Comunista; o marxismo-leninismo e o pensamento de Mao Tse Tung.

A Constituição compõe-se de 138 artigos, agrupados em quatro capítulos. Da mesma maneira que os textos anteriores, houve inspiração na Constituição de 1936, sendo que o esquema geral das principais instituições reflete influência do sistema político da URSS, com: a Assembléia Popular Nacional (Soviet Supremo), Comitê Permanente (Presidium) e Conselho de Assuntos de Estado (Conselho de Ministros),

MONIQUE LIONS, ao destacar os princípios gerais da Constituição da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982, no que denomina de pós-maoísmo, salienta: os caracteres do Estado chinês; o Estado socialista da ditadura democrática popular; o Estado unitário; o Estado multinacional; o centralismo democrático; a legalidade socialista; os princípios sócio-econômicos, a propriedade, os meios de produção (a propriedade de todo o povo ou propriedade do Estado); a propriedade coletiva das massas trabalhadoras, propriedade de todos os meios de produção que pertencem a um grupo de trabalhadores (comunas populares, cooperativas de produção, de abastecimento e venda, de crédito etc.); a planificação (é uma planificação flexível, inspirada no princípio de direção centralizada e gestão descentralizada); as inversões estrangeiras e as empresas mistas de capital chinês e estrangeiro; a política cultural e a construção da sociedade socialista (as tarefas culturais do Estado) (77).

As várias linhas de orientação que têm revelado o constitucionalismo decorrem de múltiplos fatores, inclusive no que diz respeito ao aparecimento de mais de uma centena de Constituições que possuem características comuns a certos modelos constitucionais, ao lado de algumas particularidades que indicam os caminhos que seguem a diversificada tipologia constitucional dos dias de hoje. BIDART CAMPOS menciona as fases do constitucionalismo do século XX. Depois de focalizar o tipo empírico de Estado constitucional moderno, dá relevo ao Estado do bem-estar social (78).

As indagações sobre a noção de Constituição, quando procuram os diversos significados desse termo, destacam a sua genealogia, com incursões acerca do quadro constitucional da Europa contem-

(77) LU CHAI, Juan. La Nueva Constitución del Régimen Chino, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (Nueva Época), n.º 39, maio/junho, 1984, pp. 183 e ss.; DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Introducción al Derecho Comparado*. México, Fondo de Cultura, 1975; RIVERO, José María Cayetano Nuñez. Proyecto Constitucional de la República China, em *Revista de Derecho Político*, n.º 15, Madrid, outono, 1982; DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona, Colección Demos, Ediciones Ariel, 1970; DORE, Francis. *Los Regímenes Políticos en Asia*. Madrid, Siglo XXI, 1976; LIONS, Monique. Los "Principios Generales" de la Nueva Constitución de la República Popular de China de 4 de diciembre de 1982: El Posmaoísmo, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nueva Serie, ano XVIII, n.º 53, maio/agosto de 1985, pp. 669 e ss.; DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *La Repubblica Popolare Cinese. Un "modelo" nuovo di ordinamento statale socialista (Costituzione del 17 gennaio 1975)*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1977; DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. REGHIZZI, Gabriele Crespi. *La Costituzione Sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

(78) CAMPOS, German G. Bidart. *Los Derechos del Hombre. Filosofía; Constitucionalización. Internacionalización*. Buenos Aires, Ediar, 1974, p. 137.

porânea, para perceber como os Estados da Europa Ocidental e os Estados socialistas configuram esse vocábulo ⁽⁷⁹⁾.

A diversidade de perspectivas do constitucionalismo contemporâneo e as suas particularidades ideológicas têm motivado reflexões sobre os temas tradicionais, como o da deterioração da representação política, em termos de interesse geral. Após a Primeira Guerra Mundial apareceram os Conselhos econômicos consultivos, representando "interesses", fazendo parte das Constituições. O fascismo e o nacionalismo, seguindo essas tendências, criaram organizações corporativas. Para CARL J. FRIECHICH essas estruturas corporativas pretendiam substituir o esquema representativo tradicional, apesar de esses conselhos econômicos funcionarem como complemento, não como substitutivo do sistema de representação. A Constituição francesa de 1958, em seu artigo 69, consagrou a criação de um Conselho sócio-econômico nacional, refletindo a idéia de que o Estado social deveria ser constitucionalizado, também, através de mecanismos que pudessem refletir, de maneira eficaz, as novas tendências que representava. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, definiu aquele país, no art. 20, como um Estado federal, democrático e social, para completar no art. 28, que se trata de um Estado democrático e social de direito. A Constituição espanhola de 1978, em seu art. 1º, define a Espanha como um Estado social e democrático de direito. Entende MANUEL GARCÍA-PELAYO que, em termos gerais, o Estado social significa, historicamente, a preocupação de adaptação do Estado tradicional ou Estado liberal burguês às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, tendo em vista as novas possibilidades técnicas e econômicas, que demandem procedimentos atualizados para enfrentar as transformações que vêm ocorrendo, nos últimos anos. Ao considerar o Estado social, como Estado distribuidor, salienta a sua conversão em empresário, mediante a estatização das empresas, seja por meio de atuação com o capital privado, em empresas de economia mista, seja, dirigindo-as diretamente. A direção e regulação da vida econômica nacional, através do Estado, supõe para GARCÍA-PELAYO a transformação de um Estado predominantemente legislativo, centrado na legislação, com preocupações com a ordem geral e abstrata, para um Estado administrativo ou prestacionista, com as seguintes potencialidades: a seleção e hierarquização dos objetivos, tendo em conta os valores e interesses em disputa; as políticas estatais são efetivadas por suas próprias estruturas ou organizações extraestatais que o Estado permite, com adoção de planos econômicos; a racionalidade política, a racionalidade administrativa e a racionalidade econômico-social; a planificação; a con-

(79) DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *La Constitution comme Loi Fondamentale dans les États de L'Europe Occidentale et dans les États Socialistes*. Paris, Edition de L'Institut Universitaire d'Études Européennes, 1966.

versão do Estado social em grande distribuidor, por meio de participação institucionalizada no bem-estar, programado pela ação estatal ⁽⁸⁰⁾.

O constitucionalismo de nossos dias passa a sofrer, conforme temos observado, diversas influências de ordem ideológica, econômica e tecnológica, das quais não podemos desaperceber, no exame de sua evolução atual.

A multiplicidade dos ordenamentos jurídicos, contidos nas Constituições contemporâneas, demanda permanentes incursões no direito constitucional comparado. O estudo separado dos ordenamentos estrangeiros não pode contentar-se numa análise descritiva das suas diversas instituições. A confrontação das semelhanças e diferenças dos múltiplos sistemas constitucionais, com repercussões na prática constitucional e na jurisprudência, torna-se cada vez mais útil, devido a variedade da tipologia das Constituições. A comparação deve ocorrer, preferencialmente, entre institutos análogos. Mas, estes, na prática, podem tomar caminhos diferenciados, para a compreensão das formas contemporâneas do poder político. As formas democráticas apresentam uma tipologia, em que o critério da titularidade do poder dos órgãos constitucionais e as suas relações recíprocas têm grande significado.

As formas de governo, nos modelos democráticos, buscam inspiração nas experiências do Estado democrático, de origem liberal, assentado na separação de poderes, no pluralismo político e na garantia da oposição. Essa multiplicidade de soluções constitucionais e a prática de seu funcionamento têm gerado diversas interpretações. Contrariando essas expectativas, aparecem as formas autocráticas de governo. As formas de Estado de origem no liberalismo, os segmentos do Estado socialista, os Estados recentemente descolonizados, as formas autoritárias e totalitárias, foram responsáveis pelas mudanças operadas nos plúrimos segmentos do constitucionalismo ⁽⁸¹⁾.

(80) FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y América*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, trad. de Agustín Gil Lasierra, pp. 381 e ss.; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad, 1980, 2ª ed.; MOREIRA, Vital. *Constituição e Revisão Constitucional*. Lisboa, Editorial Caminho, 1980; BADIA, Juan Ferrando. *Democracia frente a Autocracia. Hacia una Democracia Económica, Social y Política*. Madrid, Editorial Tecnos, 1980; ZAMPETTI, Pier Luigi. *La Participación Popular en el Poder*. Madrid, Epesa, 1977.

(81) VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova, CEDAM, 1981; LANDWERLIN, Gerardo Meil. El Estado Social de Derecho: Forsthoft y Abendroth, Dos Interpretaciones Teóricas para Dos Posiciones Políticas, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Nueva Época, n.º 42, novembro/dezembro, 1984, pp. 211 e ss.; VERGOTTINI, Giuseppe de. *Le Origini della Seconda Repubblica Portoghese (1974-1976)*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977.

Metodologia constitucional

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Da Consultoria-Geral da República

A idéia que não procura tornar-se palavra
é uma idéia inútil, e a palavra que não pro-
cura tornar-se ação é uma palavra inútil.

G. K. CHESTERTON

SUMÁRIO

- 1 — Introdução: A oportunidade do debate metodológico
- 2 — O Progresso das Ciências Sociais descritivas e o Direito
- 3 — Em busca da unidade metodológica: da instituição ao poder
- 4 — Apresentação do método cratológico
- 5 — Conclusões

1. Introdução: a oportunidade do debate metodológico

*O importante, muitas vezes, não
é descobrir o caminho certo, mas
abrir um caminho a mais.*

Num momento em que os desdobramentos políticos levam o Brasil às vésperas de sua sétima Constituição, é de maior importância renovar a percepção do constitucionalismo além do tradicional enfoque legal, ainda dominante nas Academias de Direito.

Os fenômenos sócio-políticos, que se pretende ordenar numa Carta, escapam à planície do tratamento positivo-formal e reclamam altos vãos em demanda dos anseios e aspirações da sociedade nacional e profundos mergulhos na intimidade dos mecanismos de poder que deverão ser estabelecidos para realizá-los.

Essas ampliações qualitativas do enfoque constitucional tradicionalista podem resultar de uma revisão metodológica que integre na

Ciência e Arte jurídicas os subsídios proporcionados pelos demais ramos das Ciências Sociais neste trepidante século vinte.

Uma incorporação seletiva desses variadíssimos aportes poderá fazer a diferença e, eventualmente, proporcionar a garantia de que a sétima Constituição brasileira não padecerá do irrealismo político que tanto nos dificultou e impediu uma autêntica e estável **vivência constitucional**.

A segurança da existência dessa autenticidade fundamental está na consistência política entre a letra da Constituição e a realidade social a que deve regular — nada mais que a **legitimidade** em seu aspecto primacial.

A herança juspositivista, que identificou durante tantas gerações a legalidade com a legitimidade, não ficou de todo varrida; a doutrina do **Rechtsstaat** teima em permanecer na formação do jurista brasileiro. Como consequência, o constitucionalismo nacional continua dedicando sua preferência ao problema da eficácia da norma — sua capacidade de produzir efeitos jurídicos — mais que à sua eficiência — a capacidade de produzir efeitos políticos.

Sacudir esse ressaibo juspositivista será um passo essencial para encetarmos a marcha em direção a uma Constituição para ser vivida e não, apenas, a uma Constituição para ser cumprida. A tarefa reclama uma abordagem além da legal: uma abordagem jurídica; um enfoque mais amplo que o setorial — um enfoque multidisciplinar e um questionamento pré-conteudístico — um questionamento metodológico.

É neste sentido que BURDEAU alertou que, como toda técnica, “o direito constitucional supõe uma tomada de posição inicial quanto aos elementos que ele aciona” (1) e defendeu a competência do jurista para realizar a necessária síntese, já que nada mais que o direito de uma sociedade nos ensina “sobre a natureza e os vícios do Poder que a rege” e, para isto, “é o jurista quem está melhor provido, pois que todos os problemas que a ciência política vai lhe propor, ele já teve ocasião de defrontar” (2).

Uma das lições mais ricas da moderna Ciência Política está no discurso do consenso e do dissenso. Se, nas sociedades institucionalmente estabilizadas, o **consenso** predomina e facilita a vida e a evolução constitucional, nas sociedades em mudança, o **dissenso** é a tônica e, por isto, suas características, em termos de poder incontido, de violência insopitável e de desordem institucional, devem ser tomadas

(1) GEORGES BURDEAU — “Traité de Science Politique”. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966, 2.^a edição, Introdução, p. 8.

(2) BURDEAU — *op. cit.*, p. 6 (cf. A. MAST, “Aux frontières du droit constitutionnel et de la science politique”, **Res Publica**, 1959, pp. 17 e seguintes).

em consideração para que a ordem político-jurídica estabelecida seja como o junco: flexível mas inquebrável aos ventos das crises.

Não se adotarão, portanto, neste ensaio, posições filosóficas pre-determinadas sobre o **conteúdo** das instituições que devem receber assento constitucional; a **metodologia**, na medida em que ordena o pensamento para alcançar objetivos cognoscitivos, parte da vantagem de ser *wertfrei*, abstendo-se de esposar juízos de valor morais ou políticos; sua utilidade está na razão direta em que proporcione um **caminho** seguro e amplo, em que confluam todas as idéias construtoras, em que haja espaço para o encontro e o diálogo dos fins e dos valores e que não desborde nenhum campo da realidade sócio-política.

A metodologia, enfim, é libertadora e profundamente democrática, no tratamento desses temas tão impregnáveis de valores, sempre que for aberta e desinteressada.

E aqui está a razão deste ensaio e da escolha de seu tema. Estará justificada, na medida em que esta contribuição possa servir de alternativa a metodologias convencionais que, no bojo das próprias sistematizações, carregam intenções e alinhamentos doutrinários que se lhes permearam durante mais de dois séculos de constitucionalismo.

É preciso jamais perder de vista que não cabe ao jurista preencher o conteúdo valorativo das normas constitucionais; isto é prerrogativa do povo, através dos seus representantes, numa democracia. Compete-lhe, sim, dispô-las num sistema claro, harmônico e articulado que melhor sirva à realização de seus valores.

2. O progresso das Ciências Sociais descritivas e o Direito

Ciência não é mais que percepção.

PLATÃO

A sociedade e suas criações institucionais são objeto de estudo de uma cópia de disciplinas que as enfocam sob diversos ângulos e com diferentes métodos de abordagem. Essas disciplinas, a partir do século dezenove, continuaram a proliferar, a se esgalhar e a se recompor num ritmo crescente, ganhando, cada uma delas e o todo, em profundidade e complexidade.

O jurista, que se especializa no ramo normativo das Ciências Sociais, percebe o que se passa em torno, nos ramos descritivos, mas, a braços com o próprio desenvolvimento da Ciência do Direito, igualmente tão enriquecida, e premida pelas exigências da atualização profissional, nem sempre logra meditar sobre os novos aportes que

se lhe fluem constantemente da Antropologia, da Psicologia, da Economia e, principalmente, da Ciência Política.

A Ciência está sempre cambiando a visão do homem sobre o mundo e sobre si mesmo. As Ciências Naturais, em particular, notadamente após a civilização ocidental haver incorporado a pesquisa tecnológica à rotina de trabalho, mudam não só a visão do mundo como o próprio mundo; em consequência, o homem enfrenta renovados desafios à convivência social, a reclamar atualização conceptual e criatividade jurídica.

Por outro lado, as Ciências Sociais descritivas, que envolvem e interpenetram o Direito, também enriquecidas por modernos métodos de pesquisa e de análise, pouco a pouco vêm apresentando resultados que parecem superar sua tradicional deficiência no campo da experimentação e renovar sua importância no trato da problemática juspolítica.

Como resultado, uma verdadeira explosão de conhecimentos abala antigas convicções e desvenda, em troca, sedutoras teorias, muitas delas capazes de lançar novas luzes na vetusta, respeitável, milenar Ciência do Direito, em especial no campo do Direito Público.

Já não se tem dúvidas quanto à existência de uma comunidade ou complexo de Ciências Sociais, em que as distintas disciplinas não apresentam compartimentação precisa. Ao contrário, embora cada uma delas apresente origens diferentes, enfoques específicos e ênfases características, cada vez mais a unidade ontológica do universo social fá-las convergir e interpenetrarem-se. Desta evolução epistemológica devemos extrair uma lição metodológica: a necessidade de ocupar os hiatos, explorar as lacunas interdisciplinares. E a solução está em bem aproveitar as metodologias disponíveis em cada uma delas e ensaiar teorias integrativas sobre a vida do homem em sociedade.

A Antropologia, da qual a Antropologia Social é um esgalhamento recente, adquiriu autonomia disciplinar durante o século dezenove. Costuma-se mencionar a obra do quacre e filantropo inglês PRITCHARD como um dos introdutores do método científico para o conhecimento das raças e das características morais de sua vida social⁽³⁾.

Embora desvencilhando-se laboriosamente da Etnologia, a Antropologia desenvolveu seu ramo social, cada vez com maior individualidade, a partir das obras de MORGAN⁽⁴⁾ e FRAZER⁽⁵⁾; com BOAS⁽⁶⁾ vêm à luz as interdependências estruturais e funcionais dos fatos

(3) JAMES COWLES PRITCHARD — *The Natural History of Man*, 1843.

(4) LEWIS HENRY MORGAN — *Ancient Society*, 1871.

(5) JAMES GEORGES FRAZER — *The Golden Bough*, 1890 — 1915.

(6) FRANZ BOAS — *The Mind of Primitive Man*, 1913.

sociais e, depois de uma série de extraordinários antropólogos, como RIVERS, HADDON, WESTERMARK, BENEDICT e HOBHOUSE, chega-se a uma teoria científica da cultura com MALINOWSKI (7).

Na Antropologia, no seu ramo social e, mais recentemente ainda, no seu sub-ramo político, vamos encontrar não tanto as respostas mas as indagações apropriadas a serem formuladas quando se examinam as mais simples expressões das relações interindividuais, tal como, caracteristicamente, ocorre no estudo das instituições e do poder na sociedade.

Os antropólogos sociais, nos últimos cinquenta anos, vêm procedendo a exames e oferecendo teorias a respeito da natureza das combinações políticas. Não lhes interessa o valor desse ou daquele sistema: interessam-lhes os princípios que regem as relações políticas de uma comunidade. "E no caso", explica LIENHARDT, antropólogo social de Harvard, "as sociedades que cresceram e floresceram sem qualquer aparência de governo formal são pelo menos tão instrutivas quanto as monarquias, aristocracias, oligarquias e repúblicas mais conhecidas" (8).

Para demonstrar o extremo cuidado com que os antropólogos políticos atuais, como, por exemplo, MORTON FRIED, da Universidade de Colúmbia, tratam esses temas, que jazem na fímbria de Ciência Política, basta transcrever este parágrafo, bastante próximo do espírito deste ensaio: "Fui levado a escrever este livro" (**A Evolução da Sociedade Política — Um Ensaio de Antropologia Política**) "devido à minha ignorância de qualquer tentativa moderna de interligar as contribuições que têm sido feitas em várias subdisciplinas em uma teoria mais ou menos unificada da emergência da hierarquização, da estratificação social e do Estado" (9).

Passando à Psicologia, esta Ciência, depois de aventura freudiana no nebuloso reino da psicanálise e dos trabalhos da trindade maior de seus discípulos — ADLER, JUNG⁽¹⁰⁾ e STEKEL — teve em GRAHAM WALLAS⁽¹¹⁾ o grande pioneiro na investigação do desejo de poder na motivação humana. Sua obra mestra, **A Natureza Humana**

(7) BRONISLAW MALINOWSKI — *Scientific Theory of Culture and Other Essays*, obra póstuma publicada pela Universidade da Carolina do Norte em 1944.

(8) GODFREY LIENHARDT — *Antropologia Social*. Ed. Zahar, tradução publicada em 1973 (do original *Social Anthropology*, Oxford University Press, 1964), p. 61.

(9) MORTON H. FRIED — *A Evolução da Sociedade Política — Um Ensaio de Antropologia Política*. Ed. Zahar, 1976 (tradução de *The Evolution of Political Society — An Essay in Political Anthropology*, Random House, Inc., N. York, 1967), p. 11 — n/grifo).

(10) JUNG — Com seu estudo sobre os tipos psicológicos estimulou o estudo da tipologia política que vem assumindo cada vez maior expressão como uma possível chave da motivação humana para a participação política, condição essencial de uma democracia viva.

(11) GRAHAM WALLAS — *Human Nature in Politics*, 1908.

na Política, abre campo a ALLPORT, VERBA e MERRIAN e frutifica em LASSWELL, que, sob o método estritamente apropriado à pesquisa da atitude e do comportamento, abre novos caminhos para o entendimento de velhos fenômenos como o poder, a democracia, a liderança, os sistemas políticos e a personalidade política. LASSWELL, em sua mais conhecida obra, **Poder e Personalidade**, examina esses fenômenos e conclui que “o que há de comum em todas as relações de poder e de influência somente se realiza na política” (12). Por fim, não se hão de olvidar, nesta breve referência exemplificatória, as contribuições de equipe da chamada “Escola de Chicago”, que, aplicando a metodologia behaviorista, nos legou riquíssimas identificações de atitudes, comportamentos e tipos políticos.

A Sociologia, por fim, a partir de COMTE, irretorquivelmente seu fundador, GUMPLOWICZ, OPPENHEIMER e, até certo ponto, MARX. toca, cada vez mais, os campos da Política e do Direito. Possivelmente o marco da renovação está num tratado teórico de DURKHEIM publicado em 1894 — **As Regras do Método Social** (13) — inovando em matéria de metodologia sociológica e abrindo seu próprio caminho que, na sua última obra — **As Formas Elementares da Vida Religiosa** (14) —, permitiu-lhe examinar as difíceis relações de interação e de integração entre o individual e o coletivo. Sua tese principal — **Da Divisão do Trabalho Social** (15) — tem profundas implicações políticas e jurídicas, tendo influenciado, por isto, o jussociologista francês de DUGUIT e de HAURIOU (16).

Os novos ângulos abertos pela metodologia de DURKHEIM continuaram a provocar notáveis questionamentos nos campos jurídico e político; a conexão estava firmada — talvez a síntese disciplinar

(12) HAROLD DWIGHT LASSWELL — *Power and Personality*. The Norton Library, N.Y., 1948, p. 236 — (n/grifo).

(13) ÉMILE DURKHEIM — *Les Règles de la Méthode Sociologique*, 1894.

(14) ÉMILE DURKHEIM — *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse*, 1912.

(15) ÉMILE DURKHEIM — *De la Division du Travail Social*, 1893.

(16) ÉMILE DURKHEIM é considerado o fundador da “Escola Sociológica” opondo-se a AUGUSTE COMTE, no próprio campo do positivismo científico, ao afirmar a especificidade do fato social e, por isto, da sociedade. Esta não seria, assim, um mero somatório de indivíduos, mas uma entidade nova, para alguns de seus discípulos, um novo ser. Em consequência, qualquer fenômeno humano, desde que relacionado à sociedade, só poderia ser estudado e interpretado sob o método sociológico, inclusive o político e o jurídico. Quanto aos juristas, LÉON DUGUIT (*Le Droit Constitutionnel et la Sociologie*, 1889) e MAURICE HAURIOU (*La Science Sociale Traditionnelle*, 1896) revelam sua preocupação sociológica, mas, embora adotando o sociologismo metódico, para marcar a ruptura com a Filosofia do Direito tradicional, nenhum dos dois compartilhou das teorias de DURKHEIM; é o que nos dá conta o depoimento de CHARLES EISENMANN em “Deux théoriciens du droit: DUGUIT et HAURIOU”, in *Revue Philosophique*, 1930, pp. 231 e seguintes. Na verdade, tiveram ambos posturas bem distintas e originais.

mais antiga das que até o momento recordou-se. Vale lembrar os nomes de CUIVILLIER, WEBER, WUNDT, MEAD, TALCOTT PARSONS, MERTON, GURVITCH, SOMBART, MANNHEIMER, INKELES e WRIGHT MILLS, numa lista que, seguramente, poderia ser várias vezes ampliada no mesmo nível científico. Um primeiro destaque, seja permitido, à contribuição de LÉVY-BRUHL⁽¹⁷⁾: “para o sociólogo, o direito é acima de tudo um fenômeno social”, definindo: “O direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento **pelo grupo** a que pertencemos”⁽¹⁸⁾ e afirmando, enfim: “o direito emana do grupo social; as normas jurídicas exprimem a maneira como **esse grupo** entende as relações sociais”⁽¹⁹⁾.

Curioso é que, enquanto a interpenetração entre o Direito e a Sociologia preocupava autores, como os mencionados, outros — como o genial KELSEN⁽²⁰⁾ — se esforçavam, ao contrário, para “depurar” o Direito, apresentando-o como a “norma em si”, um “juízo hipotético” dotado de um comando coercitivamente imposto pelo poder do Estado. Mais curioso ainda que, considerando KELSEN o Direito como um **produto do Poder**, sem percebê-lo, voltava a atrelá-lo a um **fenômeno social!** como adiante se demonstrará à cabalidade.

Um segundo destaque, merece-o um alemão genial: MAX WEBER. Com sua pioneira investigação sobre a influência da mentalidade calvinista sobre o desenvolvimento do capitalismo, iniciou uma série de estudos sobre a influência da religião na sociedade⁽²¹⁾. Quatorze anos mais tarde, apresentou uma teoria sobre a racionalização progressiva das instituições que, de certa maneira, completa HAURIOU, numa perspectiva histórica, e reivindica, para isto, uma Sociologia axiologicamente neutra⁽²²⁾.

Finalmente, no seu **Sobre Sociologia e Política Social**, reunido postumamente em 1924, estende suas investigações à área da ciência política⁽²³⁾.

(17) HENRI LÉVY-BRUHL — *Aspects Sociologiques du Droit*, 1955.

(18) HENRI LÉVY-BRUHL — *Sociologia do Direito*, Ed. Difusão Européia do Livro, S. Paulo, 1964, p. 23.

(19) HENRI LÉVY-BRUHL — *op. cit.*, p. 42.

(20) HANS KELSEN — *Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920, e *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

(21) MAX WEBER — *Die Protestantische Ethik und des Geist des Kapitalismus*, 1905.

(22) MAX WEBER — *Wissenschaft als Beruf*, 1919.

(23) MAX WEBER — *Soziologie und Sozialpolitik*, 1924. Também em certa medida, em sua outra obra póstuma — *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, no que toca à sociologia do prestígio e da liderança, “poder interior ou dominação carismática, como o viu, entre nós, PINTO FERREIRA (*Teoria Geral do Estado*, Ed. Konfino, Rio, 1957, 2.ª ed., Tomo I, p. 268, *in fine*). Tornar-se-á ao tema adiante.

É LÖEWENSTEIN, numa interessante monografia sobre as idéias políticas weberianas postas na perspectiva dos dias que correm⁽²⁴⁾, que nos chama a atenção para o fato de que WEBER era um jurista profissional, aliás o aluno favorito de MOMMSEN, e foi com esta base que empreendeu seus estudos de economia, como pós-graduação, e de Sociologia, que praticou devotadamente, como **scientia universalis**.

Especificamente, no que concerne a este ensaio, WEBER assume peculiar importância pela conceituação que deu ao **poder**, como habilidade de controlar o comportamento de outros, mesmo sem seu consentimento. Em termos de ação política, equivale a dizer que poder é a capacidade de participar efetivamente do processo de tomada de decisão.

Não menos valiosa é sua concepção da legitimidade do poder político, fundando-a na convicção popular de que ele é justamente exercido, respondendo à milenar indagação: por que os homens obedecem?

Quanto à Economia, após atingir sua maioridade com ADAM SMITH, muito antes das Ciências Sociais examinadas⁽²⁵⁾, desde logo se caracterizou como Economia **Política**. Sua rápida evolução se deve, também, à possibilidade de emprego de métodos matemáticos de análise e de síntese. A economia liberal, iniciada com SMITH, prosseguiu com MALTHUS, RICARDO, SAY, STUART MILL e BASTIAT (este na França) e, como é sabido, sua crítica fundamental foi feita por MARX, tudo ainda no século dezenove. Nos dias que correm, a ninguém ocorreria, sequer, destrinçar do Direito Econômico e da Política Econômica a Economia Política; notadamente depois das teorias das crises de FISCHER e KEYNES, das teorias do desenvolvimento de ROSTOW, MYRDAL e FURTADO e da teoria do estado da afluência de GALBRAITH.

Toca, finalmente, a vez de lançar uma vista de olhos sobre a Ciência Política. BURDEAU sintetizou muito bem a razão de o fazermos com maior detalhamento quando afirmou que “a regra jurídica é sempre expressão de uma política”⁽²⁶⁾.

Embora se remonte o estudo da Política aos gregos, costuma-se apontar MAQUIAVEL como o pai da Ciência Política. Mas seriam necessários, ainda, alguns séculos para desenvolver-se sua autonomia científica.

(24) KARL LÖEWENSTEIN — *Max Weber's Political Ideas in the Perspective of our Time*, The University of Massachusetts Press, 2.^a ed., 1972, p. 5.

(25) Foi em 1776 a publicação do *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, fundando o progresso econômico no tripé: trabalho, competição espontânea regida pelo interesse e total liberdade de iniciativa econômica sem intervenção do Estado.

(26) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, op cit, Tomo I, p. 36.

PRÉLOT preferiu ver, neste desenvolvimento, uma luta para desvencilhá-la primeiro da Economia; depois, da Sociologia e, por último, do Direito, apontando o papel decisivo da universidade norte-americana, através das denominadas cátedras de "Governo". Mas há dois pontos capitais a que se chama a atenção pela importância que têm para este ensaio: primeiro, que foi junto com o estudo do Direito Público, Constitucional e da Teoria de Estado que, no final do século dezenove, se firmaram as bases científicas da Política nos países mais adiantados da Europa e, segundo, que as cátedras de governo só produziram a vertente da escola empírica porque professores europeus emigraram para regê-las levando consigo essas bases, como FRIEDRICH, EINAUDI, GURIAN e FERRERO. O próprio PRÉLOT acaba reconhecendo essas duas circunstâncias⁽²⁷⁾.

Deve-se distinguir, assim, duas linhas da Ciência Política contemporânea, que se desenvolveram com métodos próprios e sem interações sistemáticas: a européia, que evoluiu do pensamento jurídico sobre o Estado, a instituição e o poder, e a norte-americana, que se diversificou na busca incessante de novos critérios de análise utilizando elementos da Sociologia e da Psicologia e, a partir delas, adotando o método empírico.

Embora se faça referência em separado a essas duas linhas para fins de clareza expositiva, o que nos aventuramos a sugerir é que, primeiro: há alguns pontos em comum que já produziram resultados que devem ser comparados e, segundo: que é útil ao publicista, mormente ao constitucionalista, rever certos conceitos e experimentar novos métodos a partir dessa compaginação.

Consciente das omissões, que sempre ocorrem quando se pretende relembrar nomes e obras, atente-se, inicialmente, para a linha européia.

Na Alemanha, BLUNTSCHLI, profundo conhecedor de BODIN, funda a Ciência do Estado⁽²⁸⁾, que, com o talento da notável tríade do positivismo jurídico tedesco — GERBER⁽²⁹⁾, LABAND⁽³⁰⁾ e JELLINEK⁽³¹⁾ —, se tornaria a Teoria Geral do Estado (a Allgemeine Staatslehre).

(27) MARCEL PRÉLOT — *La Science Politique*, Ed. Presses Universitaires de France, Capítulo II e Capítulo IV.

(28) JOHAN CASPAR BLUNTSCHLI — *Lehre von modernen Staat*, 1875 e 1876.

(29) CARL-FRIE VON GERBER — *Grundzüge des Staatsrechts*, 1880.

(30) PAUL LABAND — *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1876.

(31) GEORG JELLINEK — *Allgemeine Staatslehre*, 1900; primeira parte do conjunto que teria o título *Das Recht des Modernen Staats (O Direito dos Estados Modernos)*.

Dois outros destaques obrigatórios no desenvolvimento dos estudos do poder são os sociólogos OPPENHEIMER⁽³²⁾ e TIMASHEFF⁽³³⁾.

OPPENHEIMER aponta-nos as bases sócio-biológicas do poder, tal como VIERKAND e RUSSELL; embora o “instinto de dominação” não seja um elemento pacífico em Sociologia, a “teoria do interesse” veio demonstrar que é a necessidade conscientizada que faz aflorar o desejo de se obter o que se quer e, assim, talvez não o instinto, mas, sem dúvida, o impulso de dominação.

A TIMASHEFF se deve uma boa investigação sociológica do poder, chegando até a um bom conceito que se mostrou insuficiente precisamente porque ignorou a **institucionalização** do poder⁽³⁴⁾.

JELLINEK inova com seu método dos tipos; isolando os aspectos genéricos daqueles particulares, apresenta a definição de **tipos empíricos de fenômenos juspolíticos**, distinguindo-os dos **tipos ideais** que tinham sido propostos por WEBER, na mesma época, para emprego nas Ciências Sociais⁽³⁵⁾. O esforço weberiano, de pura lógica, foi retomado por KELSEN, que se concentrou na “depuração” do conceito de Direito⁽³⁶⁾ e de Estado⁽³⁷⁾.

No campo do Direito Constitucional, excelentes contribuições viriam ainda de SMEND e C. SCHMITT, influenciando nas gerações que se lhes seguiram.

Uma última menção, na Alemanha, deixamos para VIERKANDT⁽³⁸⁾, NAWIASKI⁽³⁹⁾ e HELLER⁽⁴⁰⁾. O primeiro, com sua visão sociológica do Estado, introduz uma tipologia do poder⁽⁴¹⁾ e o terceiro defendeu a identidade entre a Teoria Geral do Estado e a Ciência Política, procurando demonstrar a existência de raízes culturais que dispensam as construções abstratas. Foi esta tomada de posição que levou JUSTO LÓPEZ a observar, com rara acuidade, que com a obra de HELLER “se fecha o ciclo da teoria do Estado propriamente dita, e

(32) F. OPPENHEIMER — *System der Soziologie*, 1922, 1929 e *Machtverhältnis*, 1931.

(33) N. TIMASHEFF — *Le Droit, l'Éthique, le Pouvoir — Essai d'une Théorie Sociologique du Droit* — 1936.

(34) cf. PINTO FERREIRA, *op. cit.*, p. 266.

(35) MARIO JUSTO LOPEZ — *Manual de Derecho Político*, Kapeluz, Bs. Aires, 1973, p. 70.

(36) HANS KELSEN — *Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920.

(37) HANS KELSEN — *Allgemeines Staatslehre*, 1925.

(38) ALFRED VIERKANDT — *Sozialpsychologie*, 1931 e *Gesellschaftslehre*.

(39) HANS NAWIASKI — *Allgemeine Staatslehre*, 1945 a 1946.

(40) HERMANN HELLER — *Die Souveränität*, 1927.

(41) ALFRED VIERKANDT — *Gesellschaftslehre*, *op. cit.*, pp. 294-400. A tipologia foi adotada, posteriormente, por OPPENHEIMER (“Mächtverhältnis”).

que, a partir de então, esta última se impregna das características da Ciência Política e fica por ela absorvida” (42).

Na França, por tradição, a Ciência Política tem acompanhado os estudos do Direito Constitucional. Esta tradição teve origem na própria introdução dos estudos especializados e na criação da cadeira com esta denominação na Faculdade de Direito de Paris, em 1934, por iniciativa de GUIZOT, que convidou para regê-la o constitucionalista italiano PELLEGRINO ROSSI. E PAULINO JACQUES, comentando, chama a atenção para o fato de que BENJAMIN CONSTANT fora o pioneiro desses estudos (**Principe de Politique**, 1815, e **Cours de Politique Constitutionnelle**, 1820) mas “só com ROSSI surgiu a didática constitucional” (43).

Costuma-se, entretanto, atribuir a ESMEIN o início da linhagem constitucional francesa, com a publicação dos **Elementos** em 1895 (44), seguindo-se os dois gigantes: DUGUIT (45) e HAURIOU (46).

A produção francesa é surpreendentemente fértil e, aqui, ainda é mais difícil lembrar sem incorrer em grandes omissões. Por outro lado, a ciência política fica muito a dever a CARRÉ DE MALBERG (47), DE LA BIGNE DE VILLENEUVE (48), ao belga DABIN (49), a VEDEL (50), a BARTHÉLEMY e DUEZ (51), entre tantos outros.

E, para concluir a lista, a lembrança de um arguto teórico puro, MEYNAUD (52), de um vigoroso inovador metodológico, DUVERGER (53), e do maior tratadista da matéria, BURDEAU (54).

(42) MARIO JUSTO LÓPEZ — op cit., p. 71.

(43) **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Forense, Rio, 1964, 4.ª edição, p. 21.

(44) ADHÉMAR ESMEIN — **Éléments de Droit Constitutionnel**, 1895.

(45) LÉON DUGUIT — **Traité de Droit Constitutionnel**, 1921-1925; os dois primeiros volumes são dedicados à Teoria Geral do Estado e à Ciência Política — **Leçons de Droit Public Général**, 1926. — Para WALINE, DUGUIT não praticou a ciência política senão inconscientemente e “esporadicamente” (apud PRELOT, ob. cit., p. 57).

(46) MAURICE HAURIOU — A bibliografia será mencionada na seção seguinte deste ensaio, ao estudar-se a contribuição do *doyen* de Toulouse.

(47) RAYMOND CARRÉ DE MALBERG — **Théorie Générale de l'État**, 1920 a 1922 (que PRÉLOT tem como um jurista puro — op. cit., *ibidem*).

(48) MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE — **Traité Général de l'État**, 1929 — **Principes de Sociologie Politique et de Sociologie Générale**.

(49) JEAN DABIN — **Doctrines Générale de l'État**, 1939.

(50) GEORGES VEDEL — **Introduction aux Études Politiques**, 1949.

(51) JOSEPH BARTHÉLEMY et PAUL DUEZ — **Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel**, 1926.

(52) JEAN MEYNAUD — **Introduction à la Science Politique**, 1959.

(53) MAURICE DUVERGER — **Méthode de Science Politique, e Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**, 1965.

(54) A menção é ao **Tratado de Ciência Política**, publicado entre 1949 e 1956, ao qual se farão repetidas remissões, que mais não fora, pelo método adotado ao centrar no fenômeno do poder o estudo integral do político.

Como se constata, de toda forma, tem razão PRÉLOT: “as Faculdades de Direito foram a verdadeira Escola de Ciência Política”⁽⁵⁵⁾ na França, irradiando-se para o resto do mundo graças à qualidade de seus mestres, de seus ensinamentos e da língua francesa.

Na Itália, embora pátria do “Diritto Costituzionale” como disciplina acadêmica, que produziu nomes como ORLANDO, SANTI-ROMANO⁽⁵⁶⁾ e BISCARETTI DI RUFFIA⁽⁵⁷⁾, a linha da “Dottrina dello Stato” tem em GROPALLI, DEL VECCHIO, BALLADORE PALLIERI e CROSA (que dedicou o primeiro volume de seu **Curso de Direito Constitucional** à “Teoria Geral do Estado Moderno”), significativos expoentes e, ainda na área jurídica, os mestres do “Diritto Pubblico”, como os ilustres RANELLETTI e ZANZUCCHI.

Sem conexão direta com o jurismo, na linha sociológica, estão PARETO⁽⁵⁸⁾, MOSCA⁽⁵⁹⁾, MICHELS⁽⁶⁰⁾, SARTORI⁽⁶¹⁾, PASERIN D'ENTRÈVES, e outros.

Com PARETO o estudo das elites alcança maturidade; com MICHELS, firma-se o estudo sociológico dos partidos políticos; com SARTORI, surge uma teoria integral da democracia e, a D'ENTRÈVES, deve-se a melhor investigação recente sobre a legitimidade.

Na Espanha, a formação jurídica básica também produz nomes de primeira grandeza, como POSADA, RUIZ DE CASTILLO, SANCHEZ-AGESTA, IZAGA, CONDE e VERDU, entre muitos outros. A orientação espanhola tem sido, tradicionalmente, de síntese, como é da índole do “Derecho Político”⁽⁶²⁾, no que acompanham “la madre patria” os autores da América Hispânica, conformando uma impres-

(55) MARCEL PRÉLOT, *op. cit.*, na tradução da Difusão Européia do Livro, S. Paulo, 1964, p. 56.

(56) EMILIO SANTI-ROMANO — *Curso de Diritto Costituzionale*, 1925 e 1926.

(57) PAULO BISCARETTI DI RUFFIA — *Lo Stato Democratico* 1946. Uma imensa contribuição, que ajuda a armar-se a tese deste ensaio, está na afirmação de que a concepção normativa do Direito não deve se opor, mas, antes, se complementar à concepção institucional, recorrendo à fonte de produção das normas.

(58) VILFREDO PARETO — *Trattato di Sociologia Generale*, 1916.

(59) GAETANO MOSCA — *Elementi di Scienza Politica*, 2.ª ed. 1923.

(60) ROBERTO MICHELS — *Corso di Scienza Politica*, 1927. Com relação aos partidos políticos; *La Soziologia del Partito Politico nella Democrazia Moderna — Tendenze Oligarchiche degli Aggregati Politici*, 1912.

(61) GIOVANNI SARTORI — *Teoria Democrática* — 1962.

(62) O *Curso de Derecho Politico*, de PABLO LUCAS VERDU, é um bom exemplo de exposição sistemática da matéria (ed. Tecnos, Madrid, 1976 — 2.ª ed. aumentada e revista).

sionante lista da qual destaca-se, por sua contribuição metodológica afinada a este ensaio, JUSTO LOPEZ (63).

Em Portugal, o enfoque jurídico está presente com MARCELO CAETANO (64) e, o filosófico, com CABRAL DE MONCADA (65).

Em língua inglesa, prevalecem os autores da linha empírica, que serão referidos adiante, mas deve-se destacar, na Inglaterra, a extraordinária obra sobre o poder de BERTRAND RUSSEL (66), a autoridade de LASKI (67) e LINDSAY, e, nos Estados Unidos, WILLOUGHBY (68) e MAC IVER (69), o primeiro, um constitucionalista, e este último, o construtor de uma interessante ponte entre a Sociologia e a Ciência Política.

Por outro lado, a linha empírico-analítica, que a seguir se examinará sucintamente, praticada pelos **political scientists** norte-americanos e por seus seguidores, busca o conhecimento dos mesmos fenômenos a partir da observação experimental e da construção indutiva, intrinsecamente vinculada ao sucesso do behaviorismo e da psicologia, individual e de massa, interessados na chamada óptica do comportamento.

No rol, não menos extenso nem menos importante da abordagem empírica, destacam-se, entre outros, ELDERSFELD, JANOWITZ, BENTLEY, MERRIAN, DAHL, LASSWELL, LAZARSFELD, LIPSET, EASTON, EULAN, NEUSTADT, LIPPMANN.

Mas, como já se disse, a universidade norte-americana partiu da linha européia, na pesquisa de síntese com as contribuições às cadeiras de "Government" que a ela trouxeram ilustres imigrados

-
- (63) MARIO JUSTO LOPEZ — **Manual de Derecho Político**, Ed. Kapeluz, Buenos Aires, 1973. O autor nos dá a origem da expressão "Direito Político" como uma tradução "que, em épocas distintas, se fez de expressão francesa **Droit Politique** e da alemã **Staatsrecht**. Numa primeira etapa, a expressão começou a difundir-se em castelhano por motivo de circulação, em território espanhol, de uma tradução da famosa obra **O Contrato Social ou Princípio de Direito Político**, de Jean-Jacques Rousseau". A expressão se perdeu na França, mesmo depois de ter sido empregada por MONTESQUIEU no **Espírito das Leis**, levando os modernos tratadistas de Direito Constitucional a ampliar os títulos com a agregação de "Instituições Políticas" (cf. p. 79).
- (64) MARCELLO CAETANO — **Curso de Ciência Política e Direito Constitucional** (em 1972 com a 6.ª edição).
- (65) LUIS CABRAL DE MONCADA — **Universalismo e Individualismo na Concepção do Estado**, 1943, e **Filosofia do Direito e do Estado**, 1955.
- (66) BERTRAND RUSSELL — **Power, a New Social Analysis**, 1938.
- (67) HAROLD LASKI — **Authority in the Modern State**, 1919, **The State in Theory and Practice**, 1935.
- (68) W. W. WILLOUGHBY — **The Fundamental Concepts of Public Law**, 1931.
- (69) ROBERT M. MC IVER — **The Modern State, The Web of Government**, 1947.

e visitantes como FRIEDRICH⁽⁷⁰⁾, EINAUDI⁽⁷¹⁾, FERRERO⁽⁷²⁾ e GURIAN, que se frutificaram nas recentes aberturas sobre a teoria do poder que se deve a CATLIN⁽⁷³⁾, DEUTSCH⁽⁷⁴⁾, LÖEWENSTEIN⁽⁷⁵⁾ e MORGENTHAU⁽⁷⁶⁾.

Variaram, de linha para linha, de escola para escola, de época para época, de autor para autor, os enfoques de Ciência Política. Ora aproximando-a, ora extremando-a do Direito; ora reduzindo-a a disciplina acessória do Direito Público, como em BLUNTSCHLI⁽⁷⁷⁾ e em JELLINEK⁽⁷⁸⁾; ora ampliando-a para servir de base ao Direito Público, como em HAURIOU⁽⁷⁹⁾, MIRKINE-GUETZÉVITCH⁽⁸⁰⁾ e BURDEAU⁽⁸¹⁾; ora dissociando-a totalmente do jurismo, como propõe MAC IVER⁽⁸²⁾, o certo é que todos, decisiva e, por vezes, radicalmente, alteraram a visão do Direito Constitucional e contribuíram para sepultar o **formalismo jurídico**, essa manifestação patológica de isolacionismo científico, num movimento universal e sincrético cujos enriquecedores resultados apenas afloram.

A unidade básica das Ciências Sociais deveria partir, é certo, de algum ou alguns elementos fundamentais. Muitos foram propostos, alguns lograram adesões, outros não. Ainda assim, como na Química se partiu da substância para o elemento e do elemento para o átomo e, na Biologia, do corpo para o órgão, do órgão para o tecido e do tecido para a célula, pouco a pouco duas teorias definiram os **fenômenos básicos**, comuns a todos os seus ramos: a **instituição** e o **poder**.

A **teoria da instituição**, em HAURIOU, e a **teoria do poder**, em BURDEAU, encontraram seus grandes expositores e, completando-se,

-
- (70) CARL L. FRIEDRICH — *Constitutional Government and Democracy*, 1937.
(71) MARIO EINAUDI — *Le Origini Dottrinali e Storiche del Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi negli Stati Uniti d'America*, 1931.
(72) GUGLIELMO FERRERO — *The Principles of Power*, 1942.
(73) GEORGE E. GORDON CATLIN — *Systematic Politics — Elementa Politica et Sociologica*, 1962.
(74) KARL W. DEUTSCH — *Politics and Government*, 1970.
(75) KARL LÖEWENSTEIN — *Political Power and Governmental Process*, 1957.
(76) HANS MORGENTHAU — *Scientific Man v. Power Politics*, 1946 e *Politics among Nations*, 1948.
(77) JOHAN CASPAR BLUNTSCHLI — *Lehre von Modernen Staat*, 1856 e 1857.
(78) GEORG JELLINEK — *Allgemeine Staatslehre*, 1905.
(79) MAURICE HAURIOU — *Principes de Droit Public*, 1910.
(80) BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH — *Les Constitutions Européennes*, 1924, e *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, 1928.
(81) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, 1949 — 1956.
(82) ROBERT M. MAC IVER — *Society — An Introductory Analysis*, 1950.

tornaram-se essenciais, como se verá, para armar uma visão de síntese da sociedade e da totalidade de seus fenômenos. Coincidentemente, foram dois franceses e dois juristas⁽⁸³⁾.

Essa coincidência pode significar que BURDEAU tinha razão ao afirmar que o jurista tem mais condições de partir para a síntese em Ciências Sociais. Particularmente, no caso deste ensaio, o constitucionalista só teve a beneficiar-se com uma visão de conjunto e atualizada da Antropologia Política, da Sociologia Política, da Psicologia Política, da Economia Política e, mais particularmente, da Ciência Política.

Não por outra razão, em todos os países do mundo tem crescido a importância do ensino da Ciência Política nas Faculdades de Direito. Entre nós, MACHADO PAUPERIO já nos repetia isto, desde 1953, nas sucessivas edições de sua conhecida **Teoria Geral do Estado**⁽⁸⁴⁾.

Outra alternativa à tripartição de cadeiras — Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Ciência Política — seria unificá-las num currículo de dois anos sob a denominação abrangente de Direito Político⁽⁸⁵⁾.

Mas é chegada a hora de concentrar-se, este ensaio, nas duas teorias mencionadas que, como se disse, de certa forma se completam e nos oferecem uma excepcional base metodológica para o Direito Constitucional contemporâneo.

(83) MAURICE HAURIUO desenvolveu sua original teoria da instituição entre 1925 e 1930, tendo surgido, inicialmente, como um artigo "Théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)", publicado no **IV^e Cahier de la Nouvelle Journée**, 1925. GEORGES BURDEAU centrou a Política e o Direito no fenômeno do poder, tal como o expõe no seu **Traité de Science Politique**, surgido entre 1949 e 1956, um dos mais importantes do gênero e, seguramente, o de sistemática mais renovadora.

(84) Edição Forense, Rio, 1971, 6.^a edição, pp. 33 e 34.

(85) No Brasil, o Direito Político não é cultivado como uma unidade disciplinar; seu campo é coberto, em parte, pela Teoria Geral do Estado, pelo Direito Constitucional, pela Ciência Política e um pouco pela Sociologia, mas nas Faculdades de Direito só são ministradas as duas primeiras. Em consequência, os profissionais do jurismo, muitos dos quais se dedicarão a ramos do Direito Público, ficam privados de uma visão acadêmica, sistemática, formadora, dos fenômenos juspolíticos. Não por outra razão, a universidade francesa, identificando a lacuna, expandiu o campo do Direito Constitucional, que, como nós, havia recebido da doutrina italiana, para incluir fenômenos pré e extraconstitucionais sob a denominação composta de "Direito Constitucional e Instituições Políticas". Nas palavras do autorizadíssimo MAURICE DUVERGER, "Il signifie qu'on ne doit pas se tenir désormais à une analyse juridique des institutions politiques, mais qu'on doit insérer celle-ci dans une analyse plus complète et plus large, de nature sociologique: une analyse de science politique (**Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**, Presses Universitaires de France, Paris, 8.^a ed., 1965, Introdução, p. 7).

3. Em busca da unidade metodológica: da instituição ao poder

“De qualquer modo, há e permanecerá na Ciência um elemento platônico que não poderíamos afastar sem arruiná-la. Na diversidade infinita dos fenômenos singulares, a Ciência só pode procurar os invariantes.”

(MONOD) ⁽⁸⁶⁾

Nas Ciências Naturais, a metodologia consiste em identificar os fenômenos que não variam e buscar-lhes uma explicação: como são, como se derivam, como se interacionam, enfim, suas leis.

Se não existe, no arsenal do conhecimento, possibilidade de explicações satisfatórias, aproximamo-nos por tentativas, fazendo pesquisa pura, até que as alcancemos.

Assim foi, por exemplo, na Física, com as leis do movimento que antes das equações diferenciais não podiam ser suficientemente explicadas; assim, também, na Biologia, com as leis de reprodução celular, que antes da quebra do código genético só eram conhecidas rudimentarmente.

Nas Ciências Sociais, também há fenômenos que, seja qual for o ângulo em que os abordemos, antropológico, sociológico, econômico, psicológico, político ou jurídico, são invariantes.

A busca destes elementos também levou muitos séculos, mas sua explicação não está acabada, faz parte das vicissitudes inerentes ao trato das ciências do homem; mas a evolução teórica, embora sumariamente apresentada no item anterior, nos deixa antever os princípios de síntese de que necessitamos para reerguer a Ciência Política e a Ciência Jurídica sobre uma base metodológica una e coerente, capaz de ampliar e de aperfeiçoar a visão dos fenômenos sociais derivados que, todos, deveremos explicar, submeter a normas ou recriá-los em benefício do homem. Na linha do ensinamento aristotélico: saber (theorein) — fazer (prattein) — criar (poiein).

Para o **Constitucionalismo**, como ciência e **praxis**, esses elementos são a invariância básica — o átomo, a célula, o tijolo —, mantêm relação de continente e conteúdo e é sobre eles que devemos **fazer e criar**, como na lição de ARISTÓTELES, mas, desde logo, é preciso **saber**; conhecer a **instituição** e o **poder** como hoje se apresentam.

(86) JACQUES MONOD, *O Acaso e a Necessidade*, Ed. Vozes, Petrópolis, 1972 — 3.^a ed., p. 119.

A instituição

MAURICE HAURIOU, titular da Cadeira de Direito Administrativo da Universidade de Toulouse, escreveu numa época em que ainda eram hegemônicas as letras jurídicas alemães no Direito Público; em que o formalismo, representado na respeitável trindade GERBER — LABAND — JELLINEK, parecia indisputável e, em que no seu próprio país, apenas DUGUIT erguia a voz, com o seu sociologismo; mas, mesmo assim, criou um monumento científico que transcende escolas e lançou as bases para uma unidade metodológica conceptual comum a várias disciplinas sociais: a **teoria de instituição**.

Já em 1910, ao publicar os seus **Principes de Droit Public** ⁽⁸⁷⁾, HAURIOU inseria um capítulo sobre a instituição chamando a atenção para o fato de que não iria tratar de “instituições da técnica jurídica, mas aquelas que são diretamente os **elementos** da organização social”, explicando, ainda, que “Estas instituições podiam ser corpos ou coisas” ⁽⁸⁸⁾. Na mesma obra avançou que a instituição, sendo **ela própria** uma “figura jurídica”, porque é nela que a regra do direito toma vida, é também **matriz** de outras normas jurídicas destinadas a mantê-la ⁽⁸⁹⁾.

Já observava, então, que, sendo o Estado também uma instituição, a mais complexa de todas, ele é, ao mesmo tempo, uma “figura jurídica”, como as demais, e uma fonte de normas (nacionais) “pour le maintien des situations établies dans ce groupe” ⁽⁹⁰⁾.

Essas idéias tinham grande aproximação com as que estavam em voga, desenvolvidas no quadro de sociologia do final do século passado ⁽⁹¹⁾. Mas só no final dos anos vinte, HAURIOU consegue integrá-las numa teoria ampla, chegando ao seguinte conceito: “Uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e permanece juridicamente num meio social” (ver obra citada na nota 83). Mas para que ela permaneça, se imponha e realize a idéia, **um poder emerge**, se organiza, e **passa a dirigir o grupo**.

(87) Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais.

(88) **Op. cit.**, p. 123 (n/tradução e grifo).

(89) **Op. cit.**, p. 135 (n/tradução).

(90) **Op. cit.**, p. 135. A citação val no original para não privar, mais uma vez, o leitor da prosa tersa e elegante do Decano de Toulouse. A expressão “nacionais” está apostada, embora entre parênteses, para indicar que o grupo social gerador da instituição estatal é a **nação** e é ela, também, a destinatária da “manutenção” coletiva de seu direito.

(91) A posição central da instituição na sociologia de então pode ser constatada em obras importantes da época, como em J. W. POWELL — “Sociology, or the science of institutions”, in **American Anthropology**, (899, pp. 475 e ss., ou no artigo de FAUCONNET et MAUSS, para o verbete “Sociologie” da **Grande Encyclopédie**.

Mas o **poder** apenas incidentalmente interessou a HAURIUO; como se verá, seria necessário mais um quarto de século para que ele viesse ocupar o centro da Ciência Política.

Como nas Ciências Naturais é o átomo ou a célula, nas Ciências Sociais, a **instituição** seria a unidade irreduzível das estruturas sociais. O homem se organiza para a vida em comum **institucionalmente**. Em mais um quarto de século, MALINOWSKI o diria quase da mesma forma, adotando a instituição como o centro da Antropologia, entendida como Ciência da Cultura⁽⁹²⁾ e identificando-a como “unidade legítima da análise cultural”⁽⁹³⁾.

HAURIUO viu no núcleo da instituição uma **idéia**: o princípio que lhe dá vida e em torno do qual solidarizam-se os indivíduos, organizam-se e executam funções. A idéia é um **interesse** capaz de atrair as vontades e orientar as atividades. A instituição é, assim, a um só tempo, um “centro de interesses”, um “centro de vontade” e “um centro de funções”⁽⁹⁴⁾.

Para a realização de suas funções no meio social, o poder atrativo e organizativo da instituição vai além da adesão dos indivíduos e afeta também meios materiais de toda ordem.

Pessoas e coisas tornam-se, destarte, **instrumentais** para que permaneça e se realize a idéia nuclear institucional, **transcendendo as vontades que a criaram** e a dotaram de poder: a instituição passa a ser um **ente complexo social**, como o enquadraria MORIN em sua revolucionária teoria do método⁽⁹⁵⁾.

GEORGES RENARD, discípulo e seguidor de HAURIUO, ocupou-se mais profundamente dos aspectos ontológicos da instituição e nela encontrou outra vantagem metodológica; ela resolvia a antinomia tradicional entre o individualismo e o sociologismo, situando-se como o ponto crítico em que a **vontade individual** se torna **vontade coletiva** ou, numa linguagem mais atual — em que o poder individual se volve poder grupal⁽⁹⁶⁾.

(92) “Eu desafiaria o leitor a mencionar qualquer objeto, atividade, símbolo ou tipo de organização que não pudesse ser colocado dentro de uma instituição ou de outra, embora alguns objetos pertençam a várias instituições, desempenhando papéis específicos em cada uma delas” — BRONISLAW MALINOWSKI — *Uma Teoria Científica da Cultura*, Ed. Zahar, 1975, 3.^a edição, p. 150. Esta obra é póstuma, os originais datam de 1941.

(93) MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 149.

(94) *Principes de Droit Public* — J.-B. Sirey, Paris, 1910, p. 647.

(95) EDGARD MORIN — *O Método, I — A Natureza da Natureza*, trad. Publicação Europa-América, p. 139.

(96) GEORGES RENARD — *La Théorie de l'Institution*, Librairie du Recueil Sirey, 1930, 1.^o vol., p. 13.

Da lição de HAURIUO, até MALINOWSKI, pode-se afirmar que a sociedade é organizada por um complexo de miríades de instituições que cobrem todos os aspectos da convivência. Originariamente a instituição tem surgimento espontâneo, ditado pelo tácito consenso sobre a conveniência de sustentar-se uma idéia, repetir-se uma função, dar permanência a uma relação. Com a evolução, a sociedade passa a **especializar** algumas instituições em **produtoras** de novas formas institucionais; a partir daí o consenso, embora não perca sua importância, não mais se dá diretamente, em relação à instituição derivada. As **instituições derivadas** não necessitam mais que do consenso indireto, presumidamente insito na vontade criadora das **instituições originárias**.

Da mesma forma, para exercer a função de garantir que aquelas instituições não diretamente produzidas pelo consenso se imponham a todos, diferencia-se, também, outra categoria de instituições derivadas: as **instituições sancionatórias**.

Em suma, coexistem duas ordens de instituições: as naturais ou **originais**, criações espontâneas da convivência, oriundas do consenso tácito e direto, de lenta elaboração social, que respondem pelo desenvolvimento dos usos, dos costumes e das normas legais rudimentares, e as artificiais ou **derivadas**, criações impostas ao meio social, produto da vontade organizada da sociedade ou de parte dela, ou até mesmo de um indivíduo, que se valem da norma legal completa (preceito e sanção) para prevalecerem.

E, assim, chega-se ao Estado. RENARD avisou, a propósito, que não tentaria, em seu ensaio de ontologia jurídica, armar uma teoria do Estado; "Eu constato, simplesmente, o fato do Estado", disse, ao inseri-lo no rol das manifestações institucionais; "Se o Estado não é mais que uma "espécie" do gênero "instituição", a teoria do Estado pressupõe a teoria da instituição" (97).

Mas há outras instituições em Direito Público, acrescenta RENARD "... aliás o Estado não é senão um fenômeno secundário que se acopla a um fenômeno primário: a nação" (98). E o próprio Estado é o suporte de uma cópia de instituições outras, tenham ou não nele a sua origem.

É por esta razão que associações de todo gênero, sindicatos, empresas, organizações científicas, educacionais ou culturais, partidos políticos etc., todas essas instituições **não estatais**, embora não sendo geradas pelo poder do Estado, passam a existir e a atuar **no quadro** institucional do Estado. É por isto que o Direito Constitucional, adverte

(97) GEORGES RENARD, *op. cit.*, p. 152.

(98) GEORGES RENARD, *op. cit.*, *ibidem*.

RENARD, **deve** abranger todo este domínio institucional⁽⁹⁹⁾; o **Direito Constitucional** é, assim, mais amplo que um direito estatal⁽¹⁰⁰⁾.

O Estado não é apenas uma instituição central, mas uma instituição moldura. Embora não seja a única instituição importante para as considerações juspolíticas, pois o são, tanto ou mais, a **nação** e o **regime político**⁽¹⁰¹⁾ por ela escolhido, é a que mais releva para o Direito Constitucional por ser a **manifestação dominante** nas sociedades contemporâneas, a organização suprema de cada nação soberana do planeta e, historicamente, a solução mais eficiente de racionalização do poder, na sintética expressão de MIRKINE-GUETZÉVITCH⁽¹⁰²⁾.

Como instituição, que é, complexo de pessoas e de coisas, inclusive um espaço físico⁽¹⁰³⁾, organizado em torno da idéia fundamental de soberania⁽¹⁰⁴⁾, a instituição estatal é permanente e estável⁽¹⁰⁵⁾.

A contribuição de HAURIOU se constituiu, assim, na primeira grande renovação do Direito Público no século XX, a partir dos avanços da Sociologia, estabelecendo-se um denominador comum entre ambas e com a ciência política. Com efeito, a **instituição** tem sua origem espontânea na interação social e na iteração das respostas sociais e é, por isto, fundamentalmente um **fenômeno sociológico**.

A resposta **eficiente** do grupo a um desafio, seja do meio natural, seja do meio social, tende a ser imitada. A **lei da imitação** é objeto de profundos estudos da Sociologia⁽¹⁰⁶⁾; de início ela é instintiva, depois, consciente: surgem **padrões de resposta** que se incorporam ao acervo comportamental do grupo. A medida que esses padrões consolidam **hábitos**, mais generalizados, e, depois, impõem-se como **costumes**, são os embriões das **instituições** que vêm a ser seu pleno amadurecimento, passando a incorporar, além da idéia, o **poder** de se impor ao grupo.

Por outro lado, se o núcleo institucional é uma **idéia**, ele contém um **valor**; se este valor é instrumentalmente afirmado e imposto à

(99) GEORGES RENARD, *op. cit.*, p. 163.

(100) Sob a óptica do poder, como se verá adiante, esta assertiva fica ainda mais clara.

(101) GEORGES RENARD, *op. cit.*, p. 164.

(102) "Les nouvelles tendances du droit constitutionnel", in *Revue du Droit Public*, 1928.

(103) Não é o caso de deter-se aqui sobre a vexata quaestio de essencialidade do território ao Estado.

(104) Realizar seu próprio destino; na acepção clássica das duas projeções: insubmissão a qualquer outra ordem jurídica similar e supremacia interna de sua própria ordem jurídica.

(105) Daí a denominação, do latim *statu*.

(106) Leia-se, por exemplo, MICHELS — *Corso di Scienza Política*, *op. cit.*, p. 50.

sociedade, ele é gerador de preceitos e sanções, ou seja, de **normas**. Por isto, é um **fenômeno jurídico**.

Finalmente, a instituição, sendo capaz de gerar **poder**, de se impor e de produzir e de reproduzir novas instituições, aptas, por sua vez, a gerar, conservar, alterar, reduzir e eliminar poder, também é um **fenômeno político**.

Com este “denominador comum”, as relações interdisciplinares se tornam mais evidentes e cada ciência particular passa a se beneficiar, mais facilmente, dos avanços e dos instrumentos metodológicos das demais, num processo enriquecedor que se potencia e que as faz progredir, no sincretismo, muito além do que poderiam lográ-lo isoladamente.

O poder

Esse enriquecimento, com efeito, ensejou um segundo movimento de pesquisa comum. Descendo ao âmago da instituição, na busca da identificação de seu princípio ativo, chegou-se ao **poder**.

Embora o poder tenha a antigüidade do homem, seu estudo científico não se consolidou senão no final do século dezenove, a partir dos trabalhos de Sociologia Política de um quase obscuro professor da Universidade de Gratz: LUDWIG VON GUMLOWICZ⁽¹⁰⁷⁾. Seguiu-se, com sete anos de diferença, a obra específica de TARDE⁽¹⁰⁸⁾. Foram as contribuições pioneiras, no século passado, que terminavam um silêncio ocasionalmente rompido por MAQUIAVEL ou HOBBS possivelmente pelas conotações emocionais e religiosas que sugere o discurso do poder.

Neste século, ambas as linhas de pesquisa da Ciência Política enfrentaram o tema e com tal resultado que, em ambas, correntes dominantes consideraram o poder o próprio critério diferenciador do político.

MAX WEBER, possivelmente em sua obra mais importante⁽¹⁰⁹⁾, dedica-lhe um capítulo fascinante e, no mesmo ano, OPPENHEIMER⁽¹¹⁰⁾ trata-o a partir de suas bases sócio-biológicas⁽¹¹¹⁾, dando um

(107) LUDWIG VON GUMLOWICZ — *Die Sociologisch Staatsidee*, 1882.

(108) GABRIEL TARDE — *Les Transformations du Pouvoir*, 1899.

(109) MAX WEBER — *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922 — 2.^a ed. ampliada em 1925.

(110) FRANZ OPPENHEIMER — *System der Soziologie*, 1922 e, depois, *Machtverhältniss*, 1931 e, maduramente, em *Der Staat*, 1954.

(111) PINTO FERREIRA alude à colocação de OPPENHEIMER e VIERKANDT quanto ao processo social do poder mostrando que suas bases sócio-biológicas se manifestam nos instintos ou disposições naturais da autoconsciência e da subordinação (*Instinkte des Selbstgefuehls und Unterordnung*) — *Teoria Geral do Estado*, Konfino, Rio, 1957 — 2.^a ed., p. 263).

grande passo no sentido de sua compreensão integral, como fenômeno humano antes que fenômeno político ou social.

Seguiram-se VIERKANDT⁽¹¹²⁾ TIMASHEFF⁽¹¹³⁾ e MASPÉTIOL⁽¹¹⁴⁾. Com RUSSELL⁽¹¹⁵⁾, ganha seu grande expositor, com tintas filosóficas, e o grande público e, a partir dele, um tratamento regular na Ciência Política: FERRERO⁽¹¹⁶⁾, JOUVENEL⁽¹¹⁷⁾, POSE⁽¹¹⁸⁾, BURDEAU⁽¹¹⁹⁾, KAPLAN⁽¹²⁰⁾, LANGROD⁽¹²¹⁾, POLIN⁽¹²²⁾, LOEWENSTEIN⁽¹²³⁾ e ORGANSKI⁽¹²⁴⁾, entre outros.

No Brasil, embora o enfoque cratológico⁽¹²⁵⁾ tenha sido estudado e atraído juristas e cientistas políticos como DARCY AZAMBUJA, PAULO BONAVIDES, DALMO DALLARI, PINTO FERREIRA⁽¹²⁶⁾, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, PONTES DE MIRANDA, MIGUEL REALE e JOSÉ AFFONSO DA SILVA, que lançam referências e armam considerações em seus diversos escritos, não há obra especialmente dedicada ao poder, possivelmente com exceção da monografia de JOSÉ EDUARDO FARIA — **Poder e Legitimidade**, que aponta a norma como uma “objetivação do poder” para destacar a “correlação fundamental existente entre **direito e poder**” e fundamentar toda uma inovadora teoria da legitimidade⁽¹²⁷⁾.

Se HAURIOU identificou o “átomo” das Ciências Sociais na **insti-tuição**, coube a BURDEAU, em sua obra, cindi-lo, para expor a energia que nela se contém, que lhe dá condições de atuar e, assim, move a sociedade: o **poder**.

No **sentido antropológico**, o poder se origina num **diferencial de capacidade**, sempre presente, dada a natural desigualdade entre cada

- (112) ALFRED VIERKANDT — *Sozialpsychologie*, 1931.
- (113) N. TIMASHEFF — *Le Droit, l'Éthique, le Pouvoir*, 1936.
- (114) ROLOND MASPÉTIOL — *L'État et son Pouvoir*, 1937.
- (115) BERTRAND RUSSELL — *Power — A New Social Analysis*, 1938.
- (116) GUGLIELMO FERRERO — *The Power*, 1942.
- (117) BERTRAND DE JOUVENEL — *Du Pouvoir*, 1945.
- (118) ALFRED POSE — *Philosophie du Pouvoir*, 1948.
- (119) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, 1949 a 1956 e *L'État*, 1970.
- (120) ALFRED KAPLAN — *Power and Society*, 1950.
- (121) GEORGES LANGROD — *Le Pouvoir*, 1956.
- (122) RAYMOND POLIN — *Le Pouvoir*, 1966.
- (123) KARL LOEWENSTEIN — *Political Power and Governmental Process*, 1963.
- (124) A. F. K. ORGANSKI — *World Politics*.
- (125) Neologismo, do grego Kratos, poder; tem sido utilizado por alguns autores.
- (126) Em sua *Teoria Geral do Estado*, op. cit., dedica todo um erudito capítulo ao “Problema do Poder”, pp. 257 a 276.
- (127) Editora Perspectiva, S. Paulo, 1978, especialmente pp. 41 a 45.

ser humano, que a vontade pode utilizar para produzir efeitos que não ocorreriam espontaneamente. Sua etiologia prende-se, assim, à *teoria das necessidades* ⁽¹²⁸⁾ e se *interpenetra com a Psicologia*, na *teoria das atitudes* ⁽¹²⁹⁾.

No **sentido sociológico**, o poder é o princípio motor da instituição, o acréscimo energético, o **quantum** que faz dos costumes uma instituição, tornando-o impositivo para organizar o meio social segundo uma idéia.

No **sentido político**, o poder é um elemento diferenciador que o caracteriza, o fundamento da relação comando-obediência, a energia que move os indivíduos e as instituições; uma vez diversificado como **poder estatal**, passa a ser a energia suprema que o Estado retira da sociedade nacional para empregar na consecução de seus fins ⁽¹³⁰⁾.

No **sentido jurídico**, finalmente, o poder é a sua própria energia criadora que contém, em si, a promessa de realização da idéia social que representa ⁽¹³¹⁾.

As teorias tradicionais viam no poder uma força **exterior** ao Direito, que lhe trazia "o concurso de sua autoridade". "Juridicamente", contesta-o BURDEAU, "seu caráter é outro: o poder é a própria regra; é a figura tangível da exigência da regra a ser garantida por um procedimento técnico, uma organização social apropriada ao gênero de relações que ela rege" ⁽¹³²⁾.

O grande mestre do Direito e da Ciência Política dedica nada menos que 6 páginas de seu *Tratado* à apresentação do poder como **fenômeno jurídico**, descrevendo "A capacidade criadora da idéia do direito", "o poder como agente de construção do futuro" e o "poder como energia da idéia", demonstrando que "a antinomia entre o direito e a força não é inelutável", que o "direito deve incluir a força em si", "o poder encarna a força do direito" e que "os membros do grupo estão associados ao poder na luta pelo direito" ⁽¹³³⁾.

(128) Cf. MALINOWSKI, *op. cit.*, pp. 160 a 163.

(129) Cf. JEAN MEYNAUD — *Les Attitudes Politiques*.

(130) Propositadamente ambivalente a expressão "seus fins" naquela frase, para ressaltar que, embora os fins do Estado devam ser os da nação, há muita interpenetração e, mesmo, dominação dos fins do próprio Estado.

(131) V. GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2.^a ed., 1966, Tomo I, p. 414. "Parce qu'il est représentation le droit est inséparable du Pouvoir qui porte en lui même, latente, la réalisation de l'idée".

(132) GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, p. 415 (n/tradução).

(133) É toda a Seção I do Título II; as duas seções seguintes tratam do poder como fenômeno psicossociológico e como fenômeno histórico. "Interpenetradas", diz-nos BURDEAU, "estas três séries de fenômenos fazem do poder o resultado da mescla de leis permanentes e de fatos acidentais" — *op. cit.*, p. 403. Itens destacados acima pp. 261, 265, 266, 267 bis e 268 (n/tradução).

BURDEAU cria um monumento de síntese disciplinar, possivelmente o mais consistente de toda a Ciência Política, e não trepida em apontar, na Introdução de seu tratado, a sua "qualificação de jurista" como a razão de tê-lo feito, sobrepujando as preocupações e metodologias particularizantes dos que a abordam a reboque da História, da Economia Política, da Psicologia Social etc.

Melhor será que se lhe passe a palavra a respeito, abrindo aqui uma exceção ao propósito de não intercalar uma longa citação no texto deste ensaio, confiando que sua superior experiência e tranqüilo depoimento calem mais sobre os profissionais de Direito que o desdém de sobrançaria dos especialistas parciais, que julgam ter encontrado no método empírico, e apenas nele, ou numa determinada técnica de investigação, a chave da Ciência Política:

"Meu "jurismo" me tem sido tantas vezes criticado que eu não teria excusa se não tivesse feito meu exame de consciência. Que se creia, assim, que se a ele permaneço adicto não no é por obstinação; é porque estou convencido de que não há, para a Ciência Política, perigo mais grave que de não saber o que busca, de ser uma ciência para nada, como puderam qualificá-la certos críticos americanos. Jurista, eu sei o que ela busca. É o porquê e o como daquilo pelo que "se mantém" uma sociedade, isto é, as instituições e as regras onde se inscrevem, ao mesmo tempo, os suportes do poder político e os instrumentos de sua ação" (134).

No campo jurídico não é menos brilhante a repercussão da síntese de BURDEAU: depois de sua monumental obra científica já se torna difícil continuar a defender a compartimentalização de realidade jurídica entre a Teoria do Estado e o Direito Constitucional; refogem, a ambos, as técnicas de conhecimento e de integração de realidade institucional política para responder às cruciais indagações contidas no final do parágrafo acima transcrito (135).

O estudo integral do poder, todavia, não foi feito. Mesmo a relação de obras produzida, algumas das quais, mais importantes, se mencionou, não abarca todo o fenômeno e, menos ainda, lhe dão unidade sistemática como fenômeno multidisciplinar.

(134) GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, p. 7, Avant-propos (n/tradução).

(135) O Professor AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, o príncipe dos constitucionalistas do País, em seu pequeno mas denso *Direito Constitucional — Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio, 1981, 2.^a edição, depois de expor a diferença entre Direito Constitucional e Direito Constitucional Geral (p. 5), aponta-o como "essencialmente" (*verbis*) um direito político (p. 10), increpando à mentalidade positivista a permanência de separação entre a Constituição jurídica e a sociedade (p. 7).

É de CATLIN uma importante observação que toca a fundo a este estudo (e aqui vai uma segunda citação longa):

“Talvez as duas ocorrências mais propícias ao desenvolvimento de uma Ciência Política formal nos últimos trinta anos tenham sido: a) a aceitação geral, novamente, da hipótese do poder, e b) a “politização” (como já dissemos) de grande parte do corpo social, ou seja, o tratamento das *atividades políticas funcionalmente*, e a redescoberta e estudo dessas atividades nos campos arbitrariamente postos de lado como o individual, religioso etc.”⁽¹³⁶⁾.

Mas o mesmo autor reconhece que o poder não é apenas um fenômeno político; não obstante ser tão importante para a Ciência Política, ele é, fundamentalmente, um fenômeno conatural ao homem: “O poder não é apenas relacional” mas “surge da personalidade do agente e de força de seus impulsos, irrelevantes ou anteriores ao cenário relacional imediato”⁽¹³⁷⁾.

Uma teoria geral do poder tem, assim, que começar com o indivíduo. Na verdade, é um capítulo a ser escrito na Teoria Geral da Cultura. Mas este ensaio não pode refugir à responsabilidade de precisar o conteúdo de um de seus temas centrais; afinal, **trata-se de desenvolver uma metodologia constitucional sobre o fenômeno do poder.**

O poder tem sua origem na pessoa. O fenômeno parte de um **diferencial biológico**, seja de força, seja de destreza, de rapidez, de acuidade dos sentidos, etc., que, apreendido pela consciência, respalda a vontade de alguém obter um resultado que espontaneamente não ocorreria, notadamente quanto ao comportamento de outrem.

Esta consciência **relacional** vai-se ampliando à medida que **novos diferenciais**, já de natureza **psicológica**, se vão acrescentando aos biológicos, como a experiência, a persuasão, o medo, o temor reverencial, o raciocínio, o conhecimento, o controle das forças sobrenaturais, etc.

Finalmente, a consciência relacional se expande a todo o contexto do grupo, dando origem aos **diferenciais sociológicos**, como a influência, a chefia, a liderança, e, ao cabo do processo, a **autoridade institucionalizada**.

O poder, a nível biológico, não necessita mais que uma reflexão **sobre si mesmo**: a capacidade do agente ativo (consciência individual). O poder a nível psicológico já requer uma reflexão **sobre o outro**: a

(136) *Tratado de Política*, Ed. Zahar, Rio, 1964, pp. 79 e 80.

(137) CATLIN, *op. cit.*, p. 106, *in fine*.

debilidade do agente passivo (consciência relacional) não é tão patente. O poder a nível sociológico demanda uma reflexão **sobre o grupo**: a capacidade de usar-se o interesse do próprio grupo (consciência social) para sobre ele se impor a vontade.

Em BURDEAU parte-se da última dessas três etapas; o **Poder**, que grafa com maiúscula para distingui-lo do verbo e de outras manifestações, é tratado a nível sociológico, pois para ele a **sociedade** se caracteriza, precisamente, por um **estado de consciência do coletivo**, inexistente nas formas primeiras de coexistência humana em agrupamentos instintivos⁽¹³⁸⁾.

Embora o poder, em todas as suas manifestações, possa ser empregado independentemente de um suporte institucional, até mesmo contra ele, o que ocorre é que o progresso da convivência social depende precisamente da capacidade da sociedade de restringir o uso do poder às formas institucionais em tudo aquilo em que o interesse comum esteja em jogo. Em outras palavras, a institucionalização do poder é um fenômeno histórico irreversível na humanidade. Como consequência, o poder não institucionalizado torna-se cada vez mais coibido e o poder institucionalizado, cada vez mais organizado, para servir aos interesses do grupo.

Se a instituição é, como vimos, a **organização de uma idéia**, o poder resulta tanto da **força da idéia** quanto da **capacidade da organização**. Disto resulta que os componentes ou elementos do poder podem ser materiais ou imateriais. Uma idéia forte no grupo, de grande apelo e aptidão aglutinatória, pode prescindir de aparelho; por outro lado, uma idéia de menos retumbância e aceitação espontânea necessitará de que o poder se expresse complementarmente através de **meios organizados**.

Alçados esses conceitos ao nível do Estado-Nação e teremos a chave do relacionamento entre estes dois fenômenos políticos: a nação, como instituição, dispõe de um **poder** notadamente **imaterial**, intimamente associado à **idéia-força fundamental** (que contém a sobrevivência do grupo, sua soberania, sua afirmação material, cultural etc.), mas não dispõe de capacidade organizacional própria para agir, como um todo concertado, para realizá-la. Desenvolve, por isto, uma macro-instituição para fazê-lo — o Estado — dispondo-o de um **poder** necessariamente **material**, resultado de sua complexa organização e monopólio do uso da força, mas que demanda uma idéia a realizar. Se essa idéia **coincide** com os interesses e aspirações da nação, o poder estatal diz-se **legítimo**; caso contrário, de divórcio entre os fins da nação e os do Estado, haverá ilegitimidade na destinação ou no

(138) GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, pp. 51 a 55. Essa diferenciação teve origem não com tanta precisão em TONNIES que distinguiu a *Gemeinschaft* (comunidade) da *Gesellschaft* (sociedade). Em BURDEAU a distinção é mais precisa, pois se baseia na **consciência do coletivo**.

emprego do poder do Estado. Entre a nação e o Estado devem existir, por isso, **instituições intermediárias** cuja missão não é outra que estabelecerem, em seu conjunto, os canais, um sistema, numa palavra: **um regime**, através do qual as idéias (e o respectivo poder) da nação fluam para a organização (e respectivo poder) do Estado — a este complexo institucional é que se denomina o **regime político**.

4. Apresentação do método cratológico

Constituição é a racionalização dos processos do poder.

C. J. FRIEDRICH

No Direito Constitucional as normas jurídicas são simplesmente reguladoras do manejo do poder de coerção estatal.

R. VON IHERING

A visão sincrética do fenômeno juspolítico do poder a uma vez enriquece e simplifica o tratamento metodológico constitucional.

Enriquece, na medida em que contribui **em profundidade** para a inteligência desse fenômeno em sua multidisciplinaridade multifacética, e **simplifica**, na medida em que reduz a apenas um o critério classificatório de todos os fenômenos juspolíticos que devem ser considerados no processo constitucional, substituindo, com vantagem, os tradicionais critérios alicerçados em “campos”, “assuntos”, “formas” ou “regimes”⁽¹³⁹⁾.

A sistematização, sem um referencial básico, fica difícil e caótica. Os constitucionalistas não chegaram a um acordo sobre a metodologia de estudo e de construção de sua disciplina; basta compulsar as obras sistemáticas de dois autores da matéria para se verificar que a diversidade de critérios prejudica não só a visão sistemática expositiva e, em consequência, o aprendizado e a pesquisa. E não se diga que na volubilidade metodológica residiria a “riqueza” da doutrina constitucionalista, pois entre as metodologias clássicas do Direito Civil (como a de LEIBNITZ, baseada no critério do **fato gerador** do direito; como a do **sujeito do direito**, adotada pelo VISCONDE DE SEABRA no seu

(139) Resulta daí que, sem unidade sistemática, sem um referencial central, expressões como “tipos de Estado”, “formas de Estado”, “regimes de Estado”, “tipos de governo”, “formas de governo”, “regimes de governo”, “sistemas políticos”, desarticulam-se e passam a significar conceitos ora superpostos, ora contraditórios.

Código Civil Português, e a do **objeto**) acabou prevalecendo, com quase geral aceitação, a do **objeto do direito**, atendendo aos caracteres preponderantes: a família, a propriedade, as obrigações de ordem econômica e as sucessões.

A mais prudente solução para os constitucionalistas tem sido seguir a articulação da própria Constituição de seu país; mas isto, entre outros inconvenientes, como o de cristalizar historicamente a abordagem científica, **acaba por prejudicar a consideração dos temas extraconstitucionais** de relevância constitucional, a que já se fez menção e aos quais se atribui, cada vez mais, um espaço nos estudos juspolíticos.

Tome-se, apenas à guisa de exemplo, o tema dos **Partidos Políticos**. Como em geral as Constituições não lhes dão tratamento, os constitucionalistas dedicam-lhe pouco estudo⁽¹⁴⁰⁾.

Quando, excepcionalmente, uma Constituição dedica espaço aos Partidos Políticos, sua inserção é, quase sempre, atópica e o seu tratamento insatisfatório, como decorrência do desacerto sistemático. Se, além dos Partidos Políticos, cogita-se dos **grupos de pressão**, as omissões são ainda mais graves. Tão ausentes das Constituições, mas tão presentes na realidade da vida parlamentar, os grupos de pressão representam um veio obrigatório a explorar para aqueles que consideram o pluralismo ativo como condição de consolidação democrática. É o que propõe KAISER, ao afirmar que um dos temas cruciais da agenda constitucional é a aceitação da existência de grupos de interesse e o reconhecimento de que eles desempenham funções indispensáveis⁽¹⁴¹⁾.

BURDEAU, como já referido, na Introdução de seu Tratado, teve o cuidado de enfatizar a necessidade de um enfoque diretor para realizar uma obra de síntese⁽¹⁴²⁾ e, uma vez que "a vida política por inteiro se articula em torno deste complexo de elementos materiais

(140) PAULO BONAVIDES, entre nós, dedica todo um item de seu consagrado *Ciência Política* a chamar a atenção do estudante — a quem destina a obra — sobre a omissão dos partidos políticos na literatura jurídica e política, mencionando, até mesmo, o silêncio de Mestres da estatura de LABAND, JELLINEK e KELSEN (Ed. 1967, pp. 289 e 290).

(141) *Die Repräsentation Organisierter Interessen*, Munique, 1956, p. 319.

(142) "Comme toute technique, en effet, le droit constitutionnel suppose une prise de position initiale quant aux éléments qu'il met en œuvre — *op. cit.*, p. 8.

e espirituais que é o poder político⁽¹⁴³⁾, “o eleva a critério de toda sua obra — é a idéia de um Estatuto do Poder”⁽¹⁴⁴⁾.

Não se trata, assim, de saber se um enfoque institucional cratológico, como o aqui apresentado, responde à necessidade de revitalizar satisfatoriamente a metodologia constitucional, mas se contribui para este fim. Invocando, ainda mais uma vez, a BURDEAU, agora para parafraseá-lo no fecho de sua Introdução, o ensaísta permite-se jactar de que não lhe move a preocupação de ser original, porque lastreia este trabalho nos bons autores; muito menos de haver encontrado um método perfeito, pois tal descoberta não na prodigalizou ainda a Filosofia, mas, sim, de ter aprendido com seus Mestres o valor da probidade intelectual; o importante, muitas vezes, não é descobrir o caminho certo, mas abrir um caminho a mais.

Ao escolher a energia institucional — o poder — como critério de sistematização, é preciso, todavia, devolver-lhe sua amplitude plena, multidisciplinar, bem maior que aquela com o que o trata BURDEAU; como se disse, sua preocupação é o Poder político, que grafa com “P” maiúsculo, isto é, aquela manifestação específica do poder destinada a produzir efeitos sobre a direção da sociedade; todavia as demais formas de poder que se entrelaçam no comércio social também podem desempenhar um papel protagônico, não obstante não se referirem diretamente à direção da sociedade. Tal é o caso, por exemplo, do poder econômico, muitas vezes desafiador e desequilibrador do próprio Estado; tal é o caso, ainda, do poder da imprensa, do poder militar (em alguns países), do poder dos sindicatos ou do poder dos grupos de pressão, entre outros exemplos de poder institucionalizado não político.

É preciso, também, não perder de vista que o poder estatal não exclui o poder grupal de outras instituições, nem, muito menos, o

(143) “C’est d’abord l’idée que la vie politique toute entière s’articule autour de ce complexe d’éléments matériels et spirituels qu’est le Pouvoir politique. Des hommes qui commandent, d’autres qui obéissent, tel est, dans sa nudité essentielle, le squelette irréductible de la vie politique” — op. cit., p. 10.

(144) “Dans ce cadre j’attribue enfin une place capitale à l’idée d’un statut du Pouvoir. Depuis plus de deux mille ans que la pensée occidentale s’est attachée au problème politique, la nécessité du Pouvoir et sa légitimité n’ont jamais cessé d’être associés à la préoccupation d’empêcher qu’il devienne arbitraire. Les hommes ont toujours cherché une organisation gouvernementale telle que le Pouvoir, qui est la force, soit aussi le droit”... “Ainsi toute organisation politique, conçue comme un ménagement d’institutions et de règles destinées à permettre au Pouvoir sa tâche d’instrument de l’idée de droit, ne risque pas d’être utilisée au profit de l’arbitraire des gouvernants. Sans doute en fait, l’arbitraire n’est pas exclu — ce que la bonne volonté des juristes est impuissante à obtenir — mais du moins ne peut-il être légitimé. Et le fait qu’il soit aussi qualifié et dénoncé n’est pas dépourvu de portée pratique puisqu’il assure une assise juridique à ces sanctions ultimes qui sont la résistance à l’oppression et la révolution”. Op. cit., p. 13.

poder individual, resguardado expressamente no rol das **liberdades** reconhecidas como sagrados atributos da pessoa humana. Todas as formas de poder coexistem, com maior ou menor amplitude de ação no seio do Estado, balizadas todas, e principalmente a estatal, pelo **estatuto do poder** adotado.

Decorre, do reconhecimento da existência deste **complexo de poderes** na moldura maior da instituição do Estado, que tanto o Estado **absolutamente totalitário** quanto o Estado **absolutamente liberal** são abstrações: o que tem existência histórica, na verdade, são Estados intermédios em que ora **prevalece a concentração de poder no Estado**, ora **prevalece a reserva de poderes dos indivíduos e dos grupos sociais**, qualificando-se-lhes conforme essa prevalência. Neste sentido, aproxima-se este ensaio da colocação de DUVERGER, que tampouco limita o poder à sua expressão puramente política⁽¹⁴⁵⁾.

Esta ampliação da concepção do poder às suas **reais** dimensões sociais (e por isso não é necessário grafá-lo com maiúscula, como o faz BURDEAU para configurar o **poder político**), esvazia, como já se pode ter notado, a antinomia entre **autoridade** e **liberdade**. Sendo, ambas, manifestações de poder, o problema não está em administrar seu fatídico enfrentamento mas em partilhar seus campos de ação e compor os conflitos de interesses subjacentes.

Ninguém dirá, assim, que, numa federação, o poder da União “enfrenta” o dos Estados-Membros, ou que o poder do Legislativo “enfrenta” o poder do Executivo ou que o poder de polícia “enfrenta” o poder de livre disposição da propriedade: há, em todos os exemplos, não um “enfrentamento”, mas uma **partilha**, demarcando, o instituto juspolítico da competência, os respectivos espaços. Com genial intuição já definira LABAND a soberania como a competência para ditar competências (Kompetenz von Kompetenz); uma Constituição, como o estatuto do poder, neste sentido, em **termos relacionais**, é um estatuto da partilha do poder ou, mais sinteticamente: o **estatuto da competência**.

O conflito de interesses, **erguido a nível institucional**, se resolve pela regra de competência: **quem pode o quê**. A persistência do desen-

(145) V. MAURICE DUVERGER — in *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, 8.ª edição. Tome-se, por exemplo a seguinte passagem da obra: “Le phénomène du pouvoir se manifeste, on l’a dit, dans tous les groupements humains. Chacun d’eux constitue un cadre à l’intérieur duquel s’exerce un pouvoir: autorité du père dans la famille, du secrétaire dans un syndicat, du président dans une association, du maire dans la commune, du Pape dans l’église etc.”, e, um pouco adiante, “Parmi ces groupes, un présente à l’époque actuelle une importance toute particulière, l’État. Il constitue le cadre fondamental à l’intérieur duquel s’exerce le pouvoir. C’est par rapport à lui qu’il faut étudier les autres cadres du pouvoir” (p. 57).

tendimento já passa a ser um conflito de competência; alguma das partes ou ambas excederam seus lindes jurídicos e o estatuto do poder deve ter a regra para solucioná-lo empregando o poder máximo, **do Estado**, para fazê-lo; mesmo contrariando seus próprios interesses **secundários**, pois o interesse **primário** no Estado deve ser realizar os interesses nacionais que lhe são confiados.

Em suma, numa sociedade organizada politicamente, o poder do Estado não “enfrenta” o poder dos grupos secundários nem “enfrenta” o poder dos indivíduos (cobertos pelas liberdades, direitos e garantias que lhes são asseguradas) senão que há uma **partilha**, uma demarcação dos respectivos âmbitos de ação e os eventuais conflitos de interesses são compostos precisamente pela aplicação técnica da **regra de competência**.

O documento fundamental da partilha de poderes, que tem a seu cargo delimitar, basicamente, todos os campos de ação próprios às formas de poder existentes na sociedade, é a Constituição. Nela devem estar os lindes do poder do Estado, do poder da empresa, da universidade, do sindicato, da Igreja, etc., e, do poder mais importante de todos, o que se reserva e se reconhece aos indivíduos (fonte última de todas as formas de poder) para realizarem seu destino de pessoas livres no Estado. O estatuto das liberdades é, portanto, um estatuto do poder individual.

Esvazia-se, assim, a clássica e incômoda antinomia entre autoridade e liberdade que, como lembra ANDRÉ HAURIOU, tem em PRÉLOT e em MIRKINE-GUETZÉVITCH seus respectivos “chefs de file”. PRÉLOT, defendendo que o constitucionalismo é a **técnica da autoridade** — “a ciência das regras jurídicas segundo as quais se estabelece, se exerce e se transmite o poder político”⁽¹⁴⁶⁾. Por outro lado, MIRKINE-GUETZÉVITCH defendendo a **posição antípoda que vê no constitucionalismo uma técnica da liberdade**⁽¹⁴⁷⁾.

Ultrapassada a idéia bipolar do poder e assentada a noção da **multipolaridade cratológica** natural do Estado, essa constelação de manifestações de poder que convivem na sociedade nacional, não necessitamos mais que de um **princípio cratológico de ordem** para delimitar os respectivos campos de atuação; é a Constituição que o dita, para que reconheça o poder onde exista; **orienta-o**, se lhe parecer excessivo; **controle-o**, se ultrapassar os limites e o **absorva** no Estado. se for do interesse nacional que a ele deva servir.

(146) MARCEL PRÉLOT — *Introduction à l'Étude du Droit*. Ed. Librairie Rousseau, Paris, 1953, Tomo II, p. 74 (obra coletiva).

(147) BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH — *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*.

Não se trata, assim, a Constituição, de uma **técnica de autoridade**, nem de uma **técnica da liberdade**; ambas as expressões estão certas mas são insuficientes; trata-se de uma **técnica do poder**.

Esta afirmação fecha com a observação, já avançada, de que a Constituição, embora referida fundamentalmente ao **poder do Estado** — o “quadro fundamental no interior do qual se exerce o poder”⁽¹⁴⁸⁾ —, deve disciplinar **todos** os aspectos do fenômeno do poder e de sua organização na sociedade que, a juízo do legislador constitucional, interpretando os interesses nacionais, tenham relevância para a sobre-existência da sociedade nacional e conquista de seus objetos.

Se a Constituição é um estatuto onímoto do poder, é sobre este elemento metodológico que se deve sistematizá-la.

Sob esta nova abordagem metodológica, conceituações bastante precisas, embora de corte clássico, como, por exemplo a de VERDU — “Direito Constitucional é o ramo do Direito público interno que estuda as normas e instituições relativas à organização e exercício do poder do Estado e aos direitos e liberdades básicas do indivíduo e de seus grupos, numa estrutura social”⁽¹⁴⁹⁾ — com pequenas revisões, sem perda de conteúdo, poderiam levar a um conceito cratológico do Direito Constitucional, vale a pena o exercício:

Com efeito, como a **instituição** precede a **norma**, um conceito revisito começaria com a inversão: “Direito Constitucional é o ramo do Direito público interno que estuda as instituições e normas...”

Como a **organização** e o exercício do poder não esgotam todos os aspectos relevantes que uma Constituição deve reger, será necessário acrescentar os demais aspectos do fenômeno do poder: “... relativos à destinação, atribuição, emprego, distribuição, controle e detenção do poder do Estado...”

Como o poder que se disciplina não é **apenas** o do Estado, mas de todo o complexo cratológico de que ele é parte e moldura, acresça-se: “... dos indivíduos e de seus grupos...”

Finalmente, como a menção à estrutura está ínsita no conceito de sociedade que se organiza, mencione-se, apenas, “... numa sociedade”.

Com isto, ligeiramente modificado, o excelente conceito de VERDU se leria assim: “Direito Constitucional é o ramo do Direito público interno que estuda as instituições e normas relativas à destinação, atribuição, emprego, distribuição, controle e detenção do poder do Estado, dos indivíduos e de seus grupos numa sociedade”.

(148) MAURICE DUVERGER, nota 140 (n/tradução).

(149) PABLO LUCAS VERDU — *Curso de Derecho Político*, ed. Tecnos, Madrid, 1976, 2.^a ed., vol. II, p. 355 (n/tradução).

Mais sintético que isto, somente repetindo, na linha do ensinamento de FRIEDRICH ⁽¹⁵⁰⁾, que o **Direito Constitucional é o estudo da racionalização dos processos do poder.**

Se a **instituição** produz efeitos porque tem um **poder** a animá-la; se a **norma** é o próprio poder organizando a convivência segundo uma **idéia** de ordem contida na **instituição**; se o **Estado** é a mais abrangente das instituições criadas pelo homem; resulta claro que o **poder** é o critério ideal para armar-se uma sistemática constitucional.

O conceito de Direito Constitucional acima oferecido poderia, quicá, ser mais apropriado ao Direito Político, mas este ensaio vai manter a denominação tradicional entre nós, já que seu escopo é apresentar um **método de trabalho** e não propor uma denominação para o campo de estudos do Direito Constitucional e das instituições políticas. Como nos adverte o próprio VERDU, no prefácio que fez à tradução espanhola do **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques** de DUVERGER, não importa tanto a denominação que se empresta à disciplina; o que interessa é verificar se seu **conteúdo** é jurídico-dogmático ou se se pretende estudar “os dados básicos da sociedade política, intentando sistematizar um Direito Constitucional congruente com as atuais estruturas político-sociais” ⁽¹⁵¹⁾.

É, portanto, este **conteúdo** o objeto da proposta metodológica. E já é mais que suficiente para um ensaio meter-se a braços com esta empresa sem ter que abrir nova frente com problemas de nomenclatura e taxinomia. Direito Político ou Direito Constitucional Geral, que seja, o importante é que o **conteúdo juspolítico** esteja coberto: os fenômenos da **destinação**, da **atribuição**, do **emprego**, da **distribuição**, do **controle** e da **detenção** do poder no Estado, as leis que os regem e como se articulam.

O decano dos constitucionalistas brasileiros, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, centra também seu conceito de Constituição no poder, como se pode ler em recente monografia que, por sua perfeita adequação a esta exposição, vale ser transcrita: “A Constituição corresponde nas sociedades humanas organizadas politicamente, ou seja, nos Estados, à necessidade de **ordenação do poder** em termos de estabilidade, quanto ao seu funcionamento, e de generalidade, quanto às suas relações com os indivíduos e grupos de vários tipos” ⁽¹⁵²⁾. O Mestre fala em **ordenação de poder** e este, claramente, não é só o atribuído ao Estado, pois adita a referência às relações com (os poderes dos) indivíduos e grupos sociais secundários.

(150) CARL J. FRIEDRICH — **Le Pouvoir** — Presses Universitaires de France, Paris, 1956.

(151) PABLO LUCAS VERDU, *op. cit.*, ed. Ariel, Barcelona, 1962, Prefácio.

(152) **Direito Constitucional — Teoria da Constituição.** As Constituições do Brasil, Forense, Rio, 1981, 2.^a ed., pág. 76 (n/grifo).

São, portanto, seis categorias de fenômenos que contém a problemática juspolítica: destinação, atribuição, emprego, distribuição, controle e detenção. Antes de examiná-los, cumpre acrescentar algo mais sobre um fenômeno sociológico atinente ao poder: como se **concentra**.

Está-se, aqui, diante de uma **propriedade do poder**. Embora atributo da pessoa humana, que o gera originariamente, o poder tem uma **vocação gregária**: tende a se aglutinar e, no processo a se **concentrar**, seja em indivíduos, seja em instituições. É concentrado que passa a ter condições de alcançar níveis de energia necessários para promover atividades capazes de realizar as idéias sociais, aquelas que se voltam à satisfação de interesses coletivos.

Por este motivo é que BURDEAU distingue no poder dois elementos: a **idéia** e a **força** ⁽¹⁵³⁾. Entretanto, como já se alertou, este autor já parte da **expressão política** do poder, que é, por sua vez, uma forma diferenciada da expressão social, nas quais já se encontram esses dois elementos sedimentados e entronizados na instituição. Para que bem se compreenda o fenômeno da **concentração**, é necessário remontar à sua expressão mais simples — o **poder individual**.

A Antropologia Cultural fornece-nos a resposta.

Todo o ser vivo busca satisfazer a suas necessidades: os vegetais, pelo **tropismo** e os animais, pelo **instinto**. O homem, além do instinto, tem a guiar-lhe a **vontade**.

Por outro lado, as necessidades, que no plano vegetal e irracional se referem às exigências elementares da vida — **necessidades vitais** — no homem se derivam em múltiplas formas para cobrir as exigências, cada vez mais complexas e demandantes de sua vida cultural — são as necessidades culturais ou **necessidades derivadas**. Cultura é, pois, em expressão sintética, o **complexo das necessidades derivadas**.

No homem exsurge a **consciência** das necessidades — é o **interesse**. Dada a dimensão **psicológica** dos interesses, o ser humano está proclive a considerar e a erigir em interesses necessidades de todos os tipos: vitais e derivadas, reais ou imaginárias, materiais ou espirituais, racionais ou emocionais.

O **interesse**, por sua vez, pressupõe a **intenção de agir** para satisfazê-lo — é a **vontade**. Aqui se chega ao **querer**.

(153) GEORGES BURDEAU — *Traité*, vol. I, p. 406: "Le Pouvoir est une force au service d'une idée. C'est une force née de la conscience sociale, destinée à conduire le groupe dans la recherche du Bien commun et capable, le cas échéant, d'imposer aux membres l'attitude qu'elle commande. Cette définition nous donne les deux éléments du Pouvoir: une **force** et une **idée**" (n/grifo).

Mas nem todo interesse pode ser satisfeito. Para a sua satisfação não basta a vontade, é insuficiente o querer.

É preciso que o homem esteja dotado de algum tipo de aptidão, uma **diferenciação** que lhe atribua uma **vantagem**, seja ela de índole biológica, psicológica ou sociológica, capaz de **impor** sua vontade no meio físico ou no meio social. Aqui está o segundo elemento: a **capacidade**.

A vontade traz o **querer**; a capacidade integra o **poder**.

Pois bem, quando emerge a **consciência do grupo**, quando a comunidade natural, formada ao apelo dos instintos, passa a comunidade social⁽¹⁵⁴⁾, as necessidades também se qualificam. Além das necessidades individuais, começam a surgir as **necessidades do grupo** e, ainda, além dos interesses individuais, diferenciam-se os interesses grupais ou **interesses coletivos** — novas exigências da convivência a movimentar a conduta humana.

Para atender aos **interesses coletivos**, já não basta a vontade individual: é preciso que haja convergência de vontades, que o **grupo queira** satisfazê-los — uma **vontade grupal** — e lastreando-a, que o **grupo possa** satisfazê-los, convergindo e compondo a capacidade dos membros do grupo — uma **capacidade grupal**.

A integração da vontade grupal e da capacidade grupal gera o **poder grupal**. É o fenômeno da **sinergia social**, que, mais que um somatório, produz uma potenciação do poder de seus membros.

As miríades de diferenciações dos interesses coletivos, que as sociedades desenvolvem em sua cultura, responderão, destarte, pelas múltiplas diferenciações do poder grupal distribuídas em instituições que se “especializaram” no atendimento de algum ou de alguns tipos de interesses. Quanto mais complexa a cultura, mais interesses emergem e mais instituições desenvolve⁽¹⁵⁵⁾.

O princípio que rege essas aglutinações e diferenciações do poder grupal é a **eficiência**. Historicamente, as formas de poder ineficientes vão ficando no passado e as eficientes vão-se afirmando e se aperfeiçoando. O Estado se revelou como uma forma eficiente de concentração do poder grupal para atender às necessidades e interesses do grupo diferenciado como nação ou de grupos de nações; na verdade,

(154) Sociedade, no sentido de grupo consciente de si próprio, de suas necessidades, de seus interesses, de seu destino comum (cf. nota 138).

(155) Neste sentido antropológico, o Estado é uma instituição extremamente complexa, destinada à realização dos interesses derivados de organização e orientação de uma sociedade.

é quase unânime nele reconhecer-se um cume da evolução das instituições **políticas**.

O Estado, organizando a vida de um grupo altamente complexo como o é uma nação contemporânea, necessita de concentrar todas as formas de poder nela existentes que, consoante determinada concepção política diretora, considerem-se necessárias para realizar os interesses (fins) coletivos que o grupo lhe outorga ou que ele toma a si ⁽¹⁵⁶⁾.

Há, assim, uma **vis atractiva** no poder dentro da sociedade, que é seu "milieu". Quanto mais consciência coletiva, a percepção das necessidades e dos interesses comuns, maior o poder do grupo. A eficiência da ação grupal e sua imensa supremacia sobre a ação singular para solucionar problemas coletivos gera, inexoravelmente, formas de poder cada vez mais complexas. O Estado **tende** a absorvê-los, como uma esponja.

Ao se organizar o Estado, **ao se racionalizarem os processos do poder**, ao dotar-se, uma sociedade independente, de uma Constituição, o problema consiste em delimitar os âmbitos de atuação de todas as formas de poder nela existentes, principalmente aquelas que são **concentradas no próprio Estado**. É a esta **partilha** que se denomina de **atribuição de poder**. Mas antes de se decidir que poderes ficarão com o Estado e que poderes remanescerão com os grupos secundários e com os indivíduos, é necessário definir-se para que fazê-lo: quais os fins que devem caber a cada uma dessas expressões — é o que se denomina de **destinação do poder**.

Com a compreensão do fenômeno fundamental da **concentração do poder**, que tem natureza antropológico-sociológica, está-se, agora, em condições de abordar os fenômenos político-jurídicos que dele derivam, notadamente a concentração última de poderes de toda sorte que se realiza na instituição estatal.

Após uma breve resenha sobre estas seis categorias de fenômenos, discorrer-se-á separadamente sobre suas implicações metodológicas no contexto do Direito Constitucional Geral.

I — DESTINAÇÃO DO PODER

Responde à indagação: para que se concentra o poder? É o discurso dos fins do Estado, dos fins da sociedade e dos fins do homem na sociedade — é a definição da **teleologia do regime**.

(156) Quando o Estado define os fins, ele é autocrático. Quando a nação define os fins ao Estado, ele é democrático. Está-se falando de democracia quanto à **destinação do poder**, mas isto não esgota o conceito de democracia que **deve estar também** na atribuição, no emprego, no controle e na detenção do poder.

II — ATRIBUIÇÃO DO PODER

Responde à indagação: que poder se concentra no Estado? Em conseqüência, que poder se reconhece caber aos grupos e aos indivíduos para realizarem seus respectivos fins no quadro do Estado?

É o discurso da partilha do poder — a definição do **regime político**.

III — EMPREGO DO PODER

Responde à indagação: como atua o poder do Estado? É o discurso da competência funcional — a definição do **regime de governo**.

IV — DISTRIBUIÇÃO DO PODER

Responde à indagação: como se partilha o poder do Estado?

É o discurso da competência orgânica — a definição do **regime de Estado**.

V — CONTROLE DO PODER

Responde à indagação: como se controla o poder do Estado?

É o discurso das garantias — a definição do regime da legalidade.

VI — DETENÇÃO DO PODER

Responde à indagação: quem detém o poder do Estado e como a ele se tem acesso?

É o discurso da democracia representativa — a definição do **regime da legitimidade**.

Examine-se cada uma das categorias acima.

I — DESTINAÇÃO DO PODER

Toda sociedade que se organiza politicamente, submetendo os processos do poder a um estatuto que o racionalize e discipline, tem uma Constituição. Se ela é escrita ou não, explícita ou tácita, é mera questão de forma: a substância da Constituição é o que BURDEAU denomina apropriadamente de *l'aménagement du Pouvoir* ⁽¹⁵⁷⁾.

Cabe, então, a indagação retórica: para que se concentra o poder? Que resultados se espera obter ou, em outras palavras, que se espera lograr em termos de satisfação das necessidades e interesses de toda a sociedade, dos grupos secundários e dos indivíduos que a constituem?

Estamos no domínio da teleologia constitucional — o discurso dos fins.

A sociedade necessita, antes de mais nada, de uma clara concepção

(157) GEORGES BURDEAU — *Traité*, op. cit., p. 403.

sobre os **fins do homem** e, em consequência, o papel que devem desempenhar as instituições, especialmente o Estado, para que lhes sejam instrumentais. Os fins das instituições, de **quaisquer instituições**, não poderão ser antagônicos aos fins do homem ⁽¹⁵⁸⁾.

A destinação do poder necessita de matrizes filosóficas que espelhem os **valores** dominantes da cultura de uma sociedade, sem qualquer preocupação com a capacidade do poder do grupo de vir a realizá-los. É o querer puro que importa; mais que isto, é a aspiração do bom e do belo que pulsa em cada homem e se projeta, com maior ou menor intensidade, em suas instituições.

O Direito é permeado, totalmente informado, por esses valores; para o Direito Público eles são a própria condição de legitimidade do exercício do poder estatal. No Direito Constitucional esses valores estão especialmente contidos nos princípios e normas programáticas constitucionais.

Chamamos a esta alta definição de **teleologia do regime**: que tipo de sociedade se tem em vista. Além do seu sentido cívico-pedagógico há também um objetivo prático em sua explicitação: o estabelecimento de um **referencial** para a atribuição do poder. Como se verá adiante, ao afirmar para que se deve empregar o poder, a Constituição implicitamente orienta a quem deve caber a decisão de fazê-lo: se ao Estado, se aos grupos secundários ou se aos indivíduos — e em que medida deve, cada um, fazê-lo.

Apenas um exemplo para concretizar estas asserções. Se a norma constitucional valorativa estabelece como **princípio** a liberdade do homem, pode-se compreender como nele ínsito o corolário de liberdade de iniciativa. Coerente com este corolário, esta **destinação** escolhida será um referencial da atribuição do poder: ao partilhá-lo, a Constituição deverá, para ser consentânea, admitir a liberdade de iniciativa; a iniciativa estatal será, em consequência, a exceção, que demandará, se adotada, prévio e rigoroso balizamento para que o Estado não concorra deslealmente, com o poder que lhe é inerente, com a empresa privada.

A teleologia do regime, expressa nos princípios adotados, nos objetivos nacionais permanentes ou de que forma seja, é a definição inicial, absolutamente fundamental, da qual decorrerão as demais. Opções como **liberdade, democracia, primado do homem**, informam todas as demais: como será o Estado, como agirá, como será controlado e quem terá acesso ao poder.

(158) Atribui-se a ALBERT SCHWEITZER o seguinte pensamento: "humanidade consiste em jamais sacrificar um ser humano a um ideal".

Esta primeira definição de valor e fins, axiológica e teleológica, precede logicamente às demais e será conveniente que também as preceda sistematicamente no texto constitucional.

II — ATRIBUIÇÃO DO PODER

Segue-se a partilha do poder: o que se atribui ao Estado para prosseguir os fins estabelecidos, os fins cuja prossecução lhe foi confiada, mas, também, o que remanesce a nível dos grupos secundários para atender a seus próprios fins grupais e, principalmente, o que se reserva a nível dos indivíduos, para atender aos fins que somente cada homem poderá tomar a si realizar. A isto, a esta partilha, é que se denomina de **regime político** — o regime da partilha do poder.

Do ponto de vista do Estado que se constitucionaliza, ocorre uma **atribuição de poderes**. Se é o povo, parte dele, um homem ou Deus **quem atribui**, é uma afirmação que espelha a matriz filosófica que a informa, com repercussões sobre os regimes que contém.

A indagação retórica que se deve ter em mente é: que poder se concentra no Estado e que poder se reconhece caber aos indivíduos e aos diversos grupos que organiza na sociedade?

As definições constitucionais que respondem a essas indagações conformam, em seu conjunto, o regime político de um Estado, um conceito rico de definições importantes. Senão vejamos:

A primeira definição de um regime político refere-se à **dimensão juspolítica do Estado**; a opção entre o **liberalismo**, de um lado, e o **totalitarismo**, de outro. Ou se reservam mais poderes aos indivíduos — é o liberalismo — ou se atribuem mais poderes ao Estado — é o totalitarismo. Entre essas balizas, as Constituições adotam suas opções; embora categorizáveis amplamente nos dois modelos, não há regimes políticos idênticos. Para a mesma opção de teleologia do regime há um leque de alternativas de regimes políticos teoricamente conducentes à sua realização.

Existe um **continuum** juspolítico, em termos de poder, numa sociedade nacional. O que marca onde começa o poder do Estado e a partir de onde subsistem o dos grupos e dos indivíduos, não é um limite, mas uma fronteira; uma separação técnica por vezes esbatida, por vezes perigosamente imprecisa. A principal qualidade que se lhe deve assegurar é a permeabilidade; deve, de qualquer forma, permitir “trocas osmóticas” permanentes entre o **meio estatal** e o não estatal. Essas “trocas” são a saúde democrática do Estado; se elas escasseiam ou cessam, o Estado **se diferencia** da nação e passa a padecer das pato-

logias da legitimidade, como o são a oligarquia, a aristocracia, a autocracia e a tirania. As necessidades e interesses prevalentes deixam de ser os nacionais para serem aqueles que os grupos dominantes cometam ao Estado: diferenciam-se, para o poder estatal, **interesses estatais diversos dos interesses nacionais.**

Ocorrido este desvio, da patologia política exposta, o poder deixa de ser instrumento da nação para ser um fim em si mesmo para quem o empolga, com a coorte de deformações e conseqüências que tanto tem horrorizado os pensadores que se preocupam com os seus aspectos do mau uso e do abuso.

KIESSINGER, a respeito da concentração totalitária, faz uma curiosa observação de caráter histórico; distinguindo fenômenos políticos geralmente confundidos, como o totalitarismo e a autocracia, diz ele que nas recentes décadas o poder do Estado tem-se tornado tão astronomicamente desigual ao dos indivíduos e dos grupos intranacionais que não se tem notícia de regimes totalitários evoluírem para regimes liberais-democráticos, o que não ocorre, em contrapartida, com os regimes autocráticos, como no caso da Espanha, de Portugal, da Grécia, da Argentina e do Brasil ⁽¹⁵⁹⁾.

Outro problema da **concentração exagerada do poder** disponível da sociedade nacional na instituição do Estado reside na dificuldade de controlá-lo; quanto mais poder no Estado, mais difícil se torna criar mecanismos realmente efetivos de controle jurídico. A hipertrofia estatal, debilitando os indivíduos e as instituições secundárias, enfraquece-os para que se oponham eficientemente aos abusos.

Finalmente, o mais grave dos problemas da hiperatribuição de poderes ao Estado está na dificuldade de conter o processo de concentração: a **vis atractiva** do poder torna-se cada vez maior e maior, acabando por gerar uma massa crítica, uma sorte de gravidade que, ainda que se não o deseje, leva o Estado a ocupar um espaço cada vez maior no contexto nacional ⁽¹⁶⁰⁾.

Basicamente, enfim, para que a Constituição estabeleça um regime político, ela deve **partilhar o poder** definindo **três categorias funda-**

(159) HENRY KIESSINGER — *Morality and Foreign Policy — Symposium of President Carter's Stance* — Georgetown University, Washington, DC, 1977, p. 63.

(160) O Brasil tem experimentado esse tipo de concentração espontânea na proliferação de empresas estatais. Não obstante as condicionantes dos sistemas constitucionais de 1946 e 1967 (norma de atribuição), o processo de fato tem concentrado cada vez mais poder no Estado. Embora indesejado, embora gerador de inflação, embora prejudicial à livre empresa, nada, nem a mudança de regime, sopitou a concentração.

mentais: o poder do Estado — definição do regime de **poder estatal**; o poder dos grupos — definição do **regime associativo e de empresa**, e o poder dos indivíduos — o **regime das liberdades individuais**. Essas afirmações devem seguir-se, lógica e sistematicamente, à destinação do poder.

III — EMPREGO DO PODER

Uma vez definidos a teleologia do regime e o regime político, trata-se de estabelecer as **funções** que o Estado deverá desempenhar, detentor que é da mais expressiva concentração de poder na sociedade nacional: trata-se de definir o **regime de governo**.

A indagação retórica, no caso, é: como atua o poder do Estado?

A função de **governar** diferenciou-se historicamente; de início, passou-se a distinguir das ordens concretas e casuísticas aquelas que contivessem um preceito geral, abstrato, aplicável a toda uma categoria similar de fenômenos sociais: distinguiu-se a função administrativa da função normativa; numa segunda especialização, administrar a justiça se distinguiu da administração em geral, visando a tutela de especiais interesses axiologicamente supraordinados: a vida, a liberdade, a propriedade, a família etc.: caracterizou-se a função jurisdicional.

Esta tripartição de **funções básicas** não concluiu o processo; as diferenciações dessas funções seguem vários critérios: em razão da matéria, em razão da responsabilidade, em razão da abrangência etc., principalmente no âmbito da administração.

O trabalho constitucional consiste em alinhar os critérios usuais e, segundo eles, desdobrar as funções básicas em tantas funções específicas quantas sejam necessárias para configurar um quadro funcional capaz de responder, em termos de ação, à realização dos fins do Estado, já estabelecidos.

Distinta das três funções clássicas há ainda uma quarta, a **função de controle**. Sobre ela se discorrerá separadamente, uma vez que não é apenas uma atividade do Estado, mas uma função que, em diferentes graus e de diferentes formas, fica disseminada por toda a sociedade nacional com o objetivo maior do controle de legalidade. Esta função, portanto, decorre de uma especial partilha de poder que se estudará na teoria do controle.

Definidas as funções, resta articulá-las numa trama de relações, definindo as vinculações de coordenação e de subordinação. O todo configurará, então, o **regime de governo** adotado.

Das relações, poder-se-á identificar o **centro de gravidade** do poder político do Estado, que funções concentram maior ou mais amplo poder. A partir daí, identificar-se-ão os regimes presidencialistas, parlamentaristas, diretoriais e outros, nominados ou não, que representam soluções de repartição e de equilíbrio funcionais.

É preciso não confundir, todavia, o fenômeno da **repartição de funções**, que se funda basicamente nos princípios da especialização e da divisão de trabalho, com o fenômeno, adiante estudado, da **separação de poderes estatais** que consiste em agrupar funções em órgãos independentes entre si.

Mas há outras teorias a respeito de classificação de funções do Estado que por sua modernidade e valor merecem atenção, porque desvelam ângulos muito úteis à meditação metodológica.

DUVERGER, discorrendo sobre as funções do Estado, observa que, por mais importante que siga sendo a distinção tradicional, obviamente influenciada por distinta categoria de preocupações, outras são **efetivamente** praticadas no Estado contemporâneo.

Cita-nos, assim: **a)** a distinção entre **poder político e poder administrativo**, uma divisão vertical que identifica, de um lado, as decisões sobre princípios (e uso do poder regulamentar originário) — poder político — e, de outro, as decisões que aplicam os princípios aos casos singulares — poder administrativo ⁽¹⁶¹⁾; **b)** a distinção entre poder de decisão, de execução, de consulta e de controle — uma divisão material de funções que, o autor reconhece, não tem muito emprego em sede político-constitucional, sendo mais útil em Direito Administrativo ⁽¹⁶²⁾; e **c)** a distinção entre poder governamental e poder deliberativo. O poder governamental, que ultrapassa o conceito de poder executivo, caracterizar-se-ia pela liderança, como sugere VEDEL, cabendo-lhe a definição dos objetivos nacionais e o planejamento da ação do Estado. O poder deliberativo tem dois aspectos: é um poder de limi-

(161) MAURICE DUVERGER — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965 — 8.ª ed., p. 174. O autor chama a atenção que esta distinção está presente nas democracias antigas, como a base da repartição de poderes entre as assembléias do povo e as magistraturas e reapareceu na Constituição Soviética de 1936, que distinguiu o "poder de Estado" (Soviete Supremo) da "administração de Estado" (Presidium), e afirma que a diferenciação clássica entre Legislativo e Executivo está em evolução para estoura à medida que a atividade legislativa se reduz a estabelecer os princípios básicos e a orientação geral e, o governo, a agir (normativa e administrativamente) dentro deste quadro.

(162) MAURICE DUVERGER, *op. cit.*, p. 175.

tação (controle) e um poder de impulso, geralmente cometidos ambos aos parlamentos, segundo o autor ⁽¹⁶³⁾.

De qualquer forma uma sistemática constitucional segura, embora deva considerar este tópico — **competência funcional** — em estreita conexão com o seguinte — **competência orgânica**, não pode deixar de dar-lhe autonomia metodológica.

IV — DISTRIBUIÇÃO DO PODER

Estabelecidas as funções, é necessário correlacionar-se os órgãos competentes para exercê-las. Passamos à **competência orgânica** — a disposição do aparelhamento do Estado para desempenhar as múltiplas funções que lhe cabem.

Órgão, na definição do especialista APARICIO MENDEZ, é uma “porção funcional nominada e definida” ⁽¹⁶⁴⁾, indivíduos os corpos capazes de executar funções determinadas. Claro está que uma sistemática orgânica racional necessita de prévia definição de uma sistemática funcional.

A indagação retórica será: como se partilha o poder do Estado? Após o discurso de competência funcional — como age o Estado, segue-se o da competência funcional —, quem age. É a definição do **regime de Estado**.

Essa distribuição de funções entre órgãos se faz sob dois critérios usuais: o espacial e o funcional.

Sob o critério **espacial** o Estado tem dois regimes básicos: unitário (Estado simples) ou plural (Estado composto). O Estado composto, por sua vez, organiza-se em confederações, federações, uniões pessoais, uniões reais etc..

Sob o critério **funcional** o Estado pode ter órgãos polivalentes, com múltiplas funções, ou especializados.

A Constituição só deve se ocupar da orgânica superior do Estado, deixando que as leis administrativas definam os demais órgãos da Administração, as leis judiciárias definam os demais órgãos da Justiça, os **interna corporis** definam os órgãos secundários do Legislativo.

(163) MAURICE DUVERGER, *op. cit.*, pp. 176 a 178.

(164) APARICIO MENDEZ — *La Teoría del Órgano*, 1949, p. 19.

Ao separar as funções em órgãos, a Constituição deve definir, igualmente, as **relações** desses órgãos entre si; sob este critério, os órgãos podem ser independentes, autônomos e semi-autônomos e autárquicos.

Órgãos independentes são aqueles que detêm um complexo de funções, geralmente homogêneas, que podem desempenhar por si sós, sem **sujeição** a qualquer outro. Seu poder decorre diretamente da Constituição e sua articulação com os demais órgãos independentes é jurídico-política e deve, igualmente, estar prevista casuisticamente na Constituição.

Órgãos autônomos e semi-autônomos são aqueles que detêm um complexo de funções homogêneas e conexas que podem desempenhar com sujeição a outros que lhes são hierarquicamente supra-ordinados. Seu poder decorre da lei e sua articulação com os demais órgãos é jurídico-administrativa, não sendo necessário que estejam previstas na Constituição. Os órgãos autárquicos são aqueles que, desempenhando funções homogêneas e conexas, têm personalidade jurídica criada por lei.

Voltando aos critérios fundamentais, a **distribuição espacial** atende às exigências e características da geografia física, da geografia econômica e da geografia humana do país, de muito influenciando a experiência e tradição histórica do país; a **distribuição funcional** não só decorre dos princípios da especialidade e da divisão do trabalho como da necessidade de **dividir a soma de poderes do Estado** entre concentrações orgânicas que sejam independentes entre si. Sob este critério, surgem os clássicos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta necessidade, como é sabido, foi percebida na evolução da política inglesa e consagrada no **Espírito das Leis** de MONTESQUIEU. A **separação de poderes**, como é denominada, teoricamente é uma separação de funções (embora se possa admitir, sem grande dificuldade, que o poder do Estado é **divisível**, tese que não tem geral aceitação).

A separação de poderes, contudo, tanto pode ser estudada sob aspecto meramente funcional — **o que produzem**, como sob aspecto orgânico — **como se estruturam para produzir**, como sob o aspecto de controle — **como atuam fiscalizando-se ou corrigindo-se reciprocamente (checks and balances)**.

A separação de funções em órgãos diferenciados, idéia que remonta a ARISTÓTELES ⁽¹⁶⁵⁾, foi mencionada por Sto. TOMAS, MARSÍLIO

(165) **Política**, Livro IV.

DE PÁDUA, MAQUIAVEL, BODIN e, de modo especial, LOCKE. A MONTESQUIEU coube introduzir o **conceito de controle** ⁽¹⁶⁶⁾. A Política, o Direito, a Humanidade, ficam-lhe devedores.

V — CONTROLE DO PODER

Estabelecidos os **fins** (teleologia do regime), os meios (regime político), as **funções** (regime de governo) e os órgãos (regime de Estado), temos o **Estado organizado**. Durante séculos foi este o Estado conhecido.

As teorias do **controle** e da **detenção**, que restam a examinar, respondem a uma sofisticação da técnica juspolítica, produto de laboriosa evolução para estabelecer e consolidar o primado da lei (legalidade) e *dos interesses nacionais (legitimidade)*.

O **controle do poder**, não obstante, já existe de longa data nas relações de Direito Privado: o Estado, além de dotado dos meios suficientes para garantir o império da legalidade nos conflitos de interesses privados, preservava **também o interesse coletivo** na manutenção da ordem pública. O passo mais difícil foi submeter-se, ele próprio, à lei — *patet legem quam fecisti*.

Essa submissão do Estado à lei, à **sua** lei, completou a evolução do **regime de legalidade**, surgindo uma técnica constitucional do controle do poder.

A indagação aqui é: como se controla o poder do Estado ou, na expressão de JOUVENEL, como se “doma” o Minotauro ou o fabuloso Leviatã, de HOBBS. E, no entanto, isto é possível; ainda que não se tenha conseguido realizar, na prática, este desiderato, tem sido menos *por defeito dos instrumentos que pelas normais deficiências da natureza humana e das diferentes culturas*.

Para que se estabeleça um **regime de legalidade** e se entronize um **Estado de direito**, é mister desenvolver instituições especializadas em garantir as regras estabelecidas quando da atribuição do poder e submeter o emprego excessivo do poder da lei à fiscalização e à correção.

Certos princípios devem ser explicitados a nível constitucional a fim de assegurar a prelazia do controle: a supremacia da lei sobre o

(166) “Le pouvoir arrête le pouvoir”: ao mesmo tempo técnica de controle de legalidade e controle de legitimidade.

governo e, no processo, o primado do **poder cristalizado na lei** sobre qualquer outra manifestação do poder do Estado ou fora dele, não importando mais que interesses possam estar em jogo.

O **regime da legalidade** ou regime de Estado de direito vai, assim, além da imposição da lei como regra de composição de conflitos entre interesses privados, à imposição da lei como regra de composição de **todos os tipos** de conflitos, ainda que o **Estado** seja parte.

A adoção deste regime, por sua complexidade técnica, exige a definição de certos princípios que definam o **primado do direito** e a adoção de certos instrumentos que estabeleçam as **garantias** de que o poder do Estado está contido e ficará contido pelo direito.

Ao estudar-se a partilha funcional, mencionou-se a **separação de poderes**; trata-se de uma técnica inafastável, uma conquista do espírito humano, **mais** que ao controle de legalidade, referente ao controle de legitimidade, pela possibilidade de **articular os três poderes** sob os mais diferentes critérios sem sacrifício de sua independência.

O Poder Legislativo tem funções de controle de legalidade e de legitimidade, o Poder Executivo tem funções **internas** de controle de legalidade e **externas** de controle de legitimidade e o Poder Judiciário tem funções externas de controle de legalidade.

O **dever** de sustentar a legalidade é um dever geral, mas o **dever constitucional** de fiscalização e de correção é um dever específico atribuído a agentes específicos. Daí a necessidade de armar-se um **sistema de controle** que **se desdobrará entre os três complexos orgânicos do poder estatal**.

Neste sistema, o controle jurisdicional (função), basicamente exercido pelo Poder Judiciário (órgão), é crucial, e a técnica constitucional deve facilitar e estimular seu emprego através de meios processuais especialíssimos denominados "remédios", caracterizados por sua objetividade e simplicidade formal.

Mas o controle jurídico de legalidade deve complementar-se com o **controle político de legitimidade**, de outra forma seria um mero esforço técnico para manter um sistema ilegítimo (quicá ilícito), eis porque deve acrescentar-se à sistemática proposta um último elemento: relativo ao sistema da detenção do poder.

VI — DETENÇÃO DO PODER

No capítulo da **destinação do poder** o tema é a **licitude**: nele se deve fazer uma opção que toca ao problema fundamental do Estado: **harmonizar**, no plano ético, os fins da pessoa humana com os fins da sociedade e os do próprio Estado.

No capítulo do **controle do poder** o tema é a **legalidade**: nele se deve estruturar um sistema jurídico de garantias que assegure a sujeição do agir do Estado à lei.

Aqui, no capítulo da **detenção do poder**, fecha-se o ciclo ético, o tema é a **legitimidade**: nele se deve manter a harmonia e a compatibilização entre a ação do Estado e os interesses e aspirações dos indivíduos.

Em outras palavras: a sintonia entre a ação dos governantes e as necessidades e interesses dos governados.

Busca-se resposta à indagação: quem detém o poder? E, é claro, como a ele se tem acesso?

Diz-se que este é o discurso da democracia representativa, posto que, no estado contemporâneo, a legitimidade está referida, mais que tudo, ao **acesso aberto** do povo ao governo.

É importante, porém, recordar que a legitimidade não se esgota no acesso e na detenção do poder por aqueles que **representem** a vontade da sociedade; a **"democracia representativa"** não basta nem para a **democracia** nem para a **legitimidade**: é necessário que a legitimidade se estenda e prossiga no **exercício do poder** (destinação e emprego).

Outro ponto importante está no **formalismo**: a legitimidade não decorre **necessariamente** da escolha eletiva. Sem dúvida, esta escolha confere uma legitimidade **originária**, mas ela deve se completar pela marcação correta de objetivos coletivos — legitimidade **teleológica** e pelo emprego consentâneo dos instrumentos funcionais — legitimidade **corrente**.

A própria legitimidade **originária** do detentor do poder pode variar conforme o consenso sobre a melhor investidura: numa sociedade, será a escolha eletiva, noutra, a sucessão dinástica, noutra ainda, o sorteio das magistraturas, ou o concurso público e, mesmo, a cooptação. Todos, e outros, podem ser considerados como meios legítimos de acesso ao poder; tudo depende do consenso que se estabeleça, na sociedade, sobre qual o melhor sistema.

Não obstante, forçoso é reconhecer-se que a representação política renovada por eleições periódicas tem se apresentado nas Constituições contemporâneas como a mais difundida técnica de instituição de um regime de legitimidade.

É comum repetir-se que monarquia e república são "formas de governo"; se considerarmos o governo **em si**, é claro que há variação

no sistema de **emprego do poder**, mas essas diferenças ocorrem porque a **detenção do poder** do Estado se dá a títulos diferentes; assim, antes de ser resultante de um critério de emprego de poder — **regime de governo** — a distinção decorre da origem do título, **trata-se do regime de legitimidade**.

A evolução do sistema representativo permite canalizar os interesses e aspirações dos povos, com a rotatividade dos governados, para as sedes de poder do Estado.

A democracia, **formalmente considerada**, confunde-se com a **técnica do acesso ao poder** do Estado; mas o acesso não se dá apenas de homens como de idéias (identificação de necessidades e interesses), daí a necessidade de contar-se com a intermediação dos **partidos políticos**.

O discurso da legitimidade se entrosa com o discurso das competências funcional e orgânica na medida em que a Constituição deva definir que funções e que órgãos devem ficar abertos ao acesso popular e de que modo (eleição, concurso, designação, etc.).

Nos governos parlamentares a exigência da escolha política se concentra no Poder Legislativo para o preenchimento das cadeiras do Parlamento. Nos governos presidencialistas, a importância está na escolha do chefe do Poder Executivo. Em ambos os regimes, a escolha dos membros do Poder Judiciário obedece a critérios de mérito ou de cooptação.

Na amplitude do acesso ao poder define-se a **abertura democrática** do Estado à nação. Quando o acesso é estreito, irregular ou se dá apenas a cargos de menor importância, estamos diante de um Estado de **estrutura de poder fechada** e a legitimidade é baixa e a estabilidade da detenção do poder vai depender da eficiência do aparelho coercitivo disponível pelos governantes. Quando o acesso é amplo, regular e se dá a todos os cargos de importância política, o quadro é de um Estado de **estrutura de poder aberta**: a legitimidade é alta e a estabilidade decorre da autoridade dos governantes.

É relembável a acatada teoria de BOBBIO, que vê na legitimidade um título para o exercício do poder resultante do poder que provém de muitos, na comunidade, que aderem à uma determinada idéia de norma ⁽¹⁸⁷⁾.

O discurso da democracia não se esgota no discurso da democracia representativa mas, indubitavelmente, com ele tem começo.

(187) NORBERTO BOBBIO — "Sur le principe de légitimité", in *Annales de Philosophie Politique*, v. 7, Paris, 1967, p. 50.

5. Conclusões

A palavra “modelo” não é, pois, sinônimo de “tipo ideal” ou arquétipo platônico, isto é, não significa uma idealização da ordem política perfeita, posta como alvo a ser atingido. Na moderna teoria da ciência, ao contrário, o conceito de “modelo” tem sentido metodológico e pragmático, variando de um para outro campo da realidade.

MIGUEL REALE (168)

As duas teorias, da instituição e do poder, como se viu, são facilmente unificadas; como conteúdo este e como continente aquela. Com este critério metodológico armou-se a proposta de sistema constitucional.

É hora de adiantar algumas conclusões: uma teórica e outra prática.

A **conclusão teórica** responde à compreensão unitária do universo juspolítico, superando-se uma cópia de dicotomias e contradições que persistem e resistem a explicações parciais. É o caso das dicotomias nação e Estado, força e direito, autoridade e liberdade, entre outras.

Sob este ponto de vista, é de se esperar que a visão unitária facilite o progresso científico pois, como se depreende da lição de JUVENEL, realiza-se “a construção de um edifício conceptual que sirva de suporte comum às diferentes pesquisas” (169).

A **conclusão de ordem prática** do efeito dessa unificação, que diz respeito ao objetivo imediato deste ensaio, responde à possibilidade metodológica de classificação, de sistematização, de organização didática e de criação científica. Sob este ponto de vista, o que se pretende é tentar um caminho para o progresso do constitucionalismo, de modo imediato, e, de modo mediato, das investigações juspolíticas, o que, segundo PRÉLOT, não parece disparatado nem ambicioso, pois “o

(168) MIGUEL REALE — *Da Revolução à Democracia* — Ed. Convívio, S. Paulo, 1977, 2.^a ed., pp. 109/110 (n/grifo).

(169) BERTRAND DE JOUVENEL — “Initiation à la théorie politique pure” — in *Revue Internationale d’Histoire Politique et Constitutionnelle*, Presses Universitaires de France, jan.-jul. 1957, p. 87.

tormento da unidade é, para qualquer ciência, o fermento do seu desenvolvimento" (170).

Não importa como consideremos a Constituição sob o ponto de vista de sua destinação política — ou como organização do poder do Estado, ao gosto juspositivista, ou como organização do poder no Estado, na percepção jus-sociológica — o centrá-la no fenômeno do poder pode servir de **guia metodológico neutro**, palatável a ambos os gostos.

É muito difícil, forçoso reconhecer-se, a neutralidade das Ciências Sociais, uma vez que o analista jurídico não pode manter-se isento. O esforço para "neutralizar" a metodologia pode mostrar-se compensador se se escolhe o **poder** como fundamento da estrutura sistemática constitucional. Diferentemente de outros fenômenos, que já trazem em seu bojo uma coloração ética, o poder é absolutamente **neutro**, sem vinculação filosófica e, muito menos, implicação ideológica: é um **instrumento da vontade** que pode servir, indistintamente, a qualquer propósito (ética de resultado) ou convir a qualquer ação (ética dos meios).

Posto que a **política** é o exercício da "alocação organizada de valores", como nos diz EASTON (171), ela é que deve impregnar axiologicamente o poder: orientá-lo na prossecução dos fins e estabelecer os **meios** para tanto. Ao **direito** incumbe zelar para que isto suceda.

Na confluência constitucional, político e jurista se encontram para dar ao poder do Estado sua feição positiva, construtiva, dignificadora.

Realmente, como instrumento, o poder pode ser a desgraça ou a glória: se um mal, perigoso, corruptor e execrável, contra o qual nos alertaram TÁCITO, PITT e LORD ACTON, ou um bem, o meio de alcançar o homem, em sociedade, a paz, a harmonia, o progresso e a felicidade.

Se, realmente, o poder servir a esses propósitos elevados, de acordo com a visão que os povos tenham sobre a paz, sobre o progresso e sobre a felicidade, ele é, sem dúvida, um instrumento da justiça, uma bênção de Deus (172).

Para isto, servem as Constituições, os modelos ideal-possível, os **estatutos do poder**.

(170) MARCEL PRÉLOT — *La Science Politique*, Presses Universitaires de France, Conclusão II, *in fine*.

(171) DAVID EASTON — *Uma Teoria de Análise Política* — Ed. Zahar, 1968, p. 45 (n/grifo).

(172) "A justiça exalta uma nação." — Provérbios, 14:34.

Assembléia Nacional Constituinte: a expectativa prudente

ALAOR BARBOSA

Assessor Parlamentar do Senado Federal

Controvérsia sobre o caráter da próxima Assembléia Nacional Constituinte

Sociedade civil

Idéias sobre o poder constituinte

Sieyès, Lassalle, a experiência inglesa, Karl Loewenstein, Paulo Bonavides

Os fatores reais de poder na sociedade brasileira e sua representatividade no processo constituinte

A Constituição necessária e possível

Prepara-se a sociedade brasileira para elaborar uma nova Constituição. O Congresso Nacional acaba de aprovar a proposta de emenda à Constituição, a ele submetida pelo Presidente da República, de convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte ou, dizendo melhor: de atribuição de poderes constituintes originários ao Congresso Nacional que se elegerá no dia 15 de novembro de 1986.

Muita discussão tem excitado a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. A discussão focaliza fundamentalmente a questão do caráter que deve ter essa assembléia. Uns a querem autônoma, exclusiva, independente do Congresso Nacional. Esses não queriam que a emenda fosse aprovada e a condenavam por considerá-la incorrespondente aos anseios nacionais e populares do momento atual da nossa história. (A propósito, registremos, de passagem, que, quando se fala em “anseios populares”, “anseios nacionais” etc., fala-se por uma espécie de autodelegação de poderes. Embora a maioria esmagadora do povo não tenha noção alguma de Constituição e de Assembléia Constituinte, os que falam em seu nome lhe atribuem uma consciência e vontade que uma apuração por via eleitoral certamente não verificaria.) Em contraposição a essa corrente, existem aqueles que julgam legítimo a próxima Constituição ser feita

pelo Congresso Nacional mesmo, transformado, temporariamente, em Assembléa Constituinte.

A corrente dos propugnadores de uma Assembléa Constituinte autó-noma e exclusiva — esse o seu *slogan* amplamente difundido por meio da imprensa e de congressos sobretudo de advogados — se representa principalmente na Ordem dos Advogados do Brasil e na Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Vale a pena observar, também de passagem, que essas duas entidades muitas vezes são consideradas, por uma convenção informal, porém difusa, como representativas e intérpretes da “sociedade civil” — uma sociedade civil contraposta ao Poder Estatal ou Governamental constituído, representado pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo e, quiçá também, pelo Poder Judiciário: enfim, pelo Estado. Sob essa ótica, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil é que representam o povo brasileiro, ou a “sociedade civil”. Confesso minha perplexidade diante dessa idéia. Não sei bem o que é “sociedade civil”. Não compreendo a idéia de que da “sociedade civil” se excluam os Partidos Políticos, a classe (tão diversificada) dos trabalhadores da cidade e do campo, os empresários, os Deputados e Senadores, o Presidente da República e seus Ministros, os juizes etc. Não consigo perceber a realidade ôntica e autônoma de algo que, existente embora dentro da sociedade brasileira, dela se possa distinguir com a denominação de “sociedade civil”. Esse adjetivo “civil” tem, convencionalmente, uma denotação que o contrapõe a ou o diferencia de militar e de eclesiástico. Na expressão “sociedade civil”, tal como é empregada por aqueles que se dizem representantes dela, não parece ser essa a acepção do adjetivo. Parece, antes, que a sociedade civil a que se refere é a sociedade em geral, ou o povo, ou a Nação, enquanto realidades distintas ou distinguíveis do Poder Estatal ou Governamental. Assim, realizando um esforço de conceituação difícil e ainda, parece-me, não tentado, julgo perceber que a “sociedade civil” seria a sociedade brasileira enquanto fonte do poder, mas que, embora teoricamente longe do Poder, não o tem sido, no Brasil, por causa de razões históricas, políticas e econômicas que não vem ao caso, agora, examinar. Discernindo a existência de uma separação, de fato, entre a Nação e o Estado, entre a Nação e o Poder Estatal, aqueles que falam em “sociedade civil” estão, penso eu, a identificá-la com a Nação. Sociedade civil é a Nação. Nesse caso, da “sociedade civil” fariam parte todas as classes sociais e todas as categorias profissionais, sem exclusão, inevitavelmente, dos militares e, ainda com mais razão, dos diversos cleros. Eis que então se patenteia esta contradição: se a “sociedade civil” é a Nação, e se a Nação é o conceito de uma realidade universal não excludente, então, forçada e logicamente, no conceito de “sociedade civil” se incluem também os partidos políticos, os Deputados e Senadores eleitos pelos partidos políticos, o Presidente da República e seus Ministros, os juizes e todos os integrantes e agentes do Poder Estatal. Nesse caso, extraída a consequência inelutável do raciocínio, desa-

parece toda e qualquer contradição entre “sociedade civil” e o Poder Estatal representado pelos governantes, legisladores e juizes.

É tempo de fazer, a propósito da questão da Assembléa Constituinte, algo que no Brasil não é costume: uma análise em profundidade. Este é um País em que os fatos e acontecimentos quase todas as vezes se produzem por força de convicções formadas sem nenhuma análise prévia, sem nenhuma meditação, sem uma reflexão profunda. Este é um País em que os homens atuam, no mais das vezes, levianamente — sem saber por que o fazem. O problema da Assembléa Nacional Constituinte é bem um exemplo disso. Lamentável e contristador verificar quão superficialmente se focaliza e discute esse tema, no Brasil. Seria risível, se não fosse, por suas conseqüências danosas, dramático, constatar que no Brasil a maioria atua em obediência a idéias feitas e simplistas. Vive-se muito no Brasil de idéias feitas, de lugares-comuns, de clichês importados passivamente. E o pior é que, como não existe no Brasil uma continuidade no refletir sobre os problemas, cada geração se vê na contingência de enfrentar os mesmos problemas que as gerações anteriores enfrentaram (e não resolveram), como se fossem problemas novos e nunca antes defrontados. No Brasil a experiência intelectual, moral e psicológica de uma geração não se transfere para as gerações seguintes, imediatas ou mediatas. Toda geração enfrenta os problemas de modo inaugural, de forma inédita, sem se valer da experiência das gerações antecedentes. Essa verificação chega a ser desalentadora, quando se verifica, por exemplo, que da riquíssima experiência das gerações que viveram o Segundo Império no Brasil nada se transmitiu às gerações supervenientes. Problemas como federalismo versus centralismo, ou da independência econômica nacional, tão bem encarados e equacionados no século passado, apresentam-se às gerações atuais sem que tenham assimilado nada ou quase nada da experiência e do pensamento dos brasileiros de cem e de cento e poucos anos atrás. No Brasil, cada geração é obrigada a criar a sua própria experiência, em estado de virgindade, em estado de esquecimento completo da experiência das gerações precedentes. Um trabalho de Sísifo.

Será verdade que o Brasil precisa de uma Assembléa Constituinte autônoma, exclusiva e, como dizem os amantes de *slogans*, soberana?

Aqueles que defendem a idéia dessa necessidade nunca, é certo, pararam um minuto sequer para se perguntarem e em seguida responderem esta pergunta muito simples: qual a garantia que temos de que uma Assembléa Constituinte exclusiva será democrática, popular, progressista e transformadora, como se supõe que os seus defensores querem ou gostariam que ela fosse? Em outras palavras: que é que nos assegura que a próxima Assembléa Constituinte, se exclusiva, não será uma assembléa majoritariamente conservadora ou mesmo reacionária?

Aqueles que defendem e preconizam a realização desse tipo de Assembléa Constituinte expõem-se, portanto, a um risco imenso de frustração.

Sem medir a sua responsabilidade, constituem esse risco e a ele expõem toda a sociedade brasileira, ao induzirem-na à mesma espécie de ilusão a que se entregam. Querem uma Assembléia Constituinte exclusiva, puramente constituinte, embalados pela miragem de que uma assembléia desse tipo, e só por ser desse tipo, elaboraria, necessariamente, inevitavelmente, fatalmente uma Constituição mais autêntica, mais democrática, mais fiel aos interesses da Nação e do povo. São pessoas evidentemente bem intencionadas, essas que pensam assim. Mas a boa intenção não assegura que não estejam enganadas. Na verdade, estão enganadas, na medida em que se deixam embalar por palavras ocas.

Um dos juristas mais conhecidos dentre os defensores dessa idéia é o Professor PAULO BONAVIDES, da Universidade do Ceará. Em livro que publicou há pouco mais de um mês, intitulado *Constituinte e Constituição*, e em que reuniu artigos divulgados em jornais nos últimos anos, ele incorporou à tese da necessidade de uma Assembléia Constituinte autônoma e exclusiva a da imperiosidade do *referendum* popular, sem o qual, na sua opinião, não teria a Constituição, elaborada embora por Assembléia Constituinte exclusiva, uma legitimidade completa. Diz PAULO BONAVIDES:

“Afigura-se-nos que, de um ponto de vista estritamente democrático, a teoria de poder constituinte sem o *referendum* do povo não concretiza a legitimidade total das instituições. A referida teoria apareceu, porém, consorciada necessariamente com o princípio representativo, que só em parte é democrático. Nesse caso a Constituinte, não levando ao povo sua obra para que seja referendada pelo cidadão, terá uma dose menor de legitimidade, porquanto se poderão fazer sem remédio Constituições que não correspondam aos anseios e expectativas do corpo político soberano, ou seja, a Nação mesma, o elemento popular integral, base suprema de todos os poderes.”

A idéia de Bonavides sobre Assembléia Nacional Constituinte ainda é a de SIEYÈS, acrescida desse apêndice do *referendum* popular. Como se vê, uma idéia caracteristicamente do liberalismo burguês do século XVIII. O Abade SIEYÈS formulou sua teoria num pequeno ensaio famoso, publicado em 1788 – *Qu'est-ce que le tiers Etat?* No capítulo quinto desse livro, intitulado “Ce qu'on auroit dû faire. Principes à cet égard”, diz SIEYÈS:

“Jamais on ne comprendra le mécanisme social, si l'on ne prend le parti d'analyser une société comme une machine ordinaire, d'en considérer séparément chaque partie et de les rejoindre ensuite en esprit toutes l'une après l'autre, afin d'en saisir les accords et d'entendre l'harmonie générale qui en doit résulter. Nous n'avons pas besoin ici d'entrer dans un travail aussi étendu. Mais puisqu'il faut toujours être clair, et qu'on ne l'est point en discourant sans principes, nous priérons au moins le lecteur de considérer dans la formation d'une société politique

trois époques, dont la distinction préparera à des éclaircissemens nécessaires.

Dans la première on conçoit un nombre plus ou moins considérables d'individus isolés qui veulent se réunir. Par ce seul fait ils forment déjà une nation: ils en ont tous les droits; il ne s'agit plus que de les exercer. Cette première époque est caractérisée par le jeu des volontés *individuelles*. L'association est leur ouvrage; elles sont l'origine de tout pouvoir.

La seconde époque est caractérisée par l'action de la volonté *commune*. Les associés veulent donner de la consistance à leur union; ils veulent en remplir le but. Ils confèrent donc et ils conviennent entre eux des besoins publics et des moyens d'y pouvoir seroit nul. Il ne réside que dans l'ensemble. Il faut à la volontés individuelles en sont bien toujours l'origine et en forment les élémens essentiels; mais considérées séparément, leur pouvoir seroit nul. Il ne réside que dans l'ensemble. Il faut à la communauté une volonté commune; sans *l'unité* de volonté elle ne parviendroit point à faire un tout voulant et agissant. Certainement aussi ce tout n'a aucun droit qui n'appartienne à la volonté commune.

Mais franchissons les intervalles de temps. Les associés sont trop nombreux et répandus sur une surface trop étendue, pour exercer facilement eux-mêmes leur volonté commune. Que font-ils? Ils en détachent tout ce qui est nécessaire, pour veiller et pourvoir aux soins publics; et cette portion de volonté nationale et par conséquent de pouvoir, ils en confient l'exercice à quelques-uns d'entre eux. Nous voici à la troisième époque, c'est-à dire, à celle d'un *gouvernement exercé par procuration*. Remarquons sur cela plusieurs vérités. 1^o) La communauté ne se dépouille point du droit de vouloir; c'est sa propriété inaliénable; elle ne peut qu'en commettre l'exercice. Ce principe est développé ailleurs. 2^o) Le corps des délégués ne peut pas même avoir la plénitude de cet exercice. La communauté n'a pu lui confier de son pouvoir total que cette portion qui est nécessaire pour maintenir le bon ordre. On ne donne point du superflu en ce genre. 3^o) Il n'appartient donc pas au corps des délégués de déranger les limites du pouvoir qui lui a été confié. On conçoit que cette faculté seroit contradictoire à elle-même.

Je distingue la troisième époque de la seconde, en ce que ce n'est plus la volonté commune *réelle* qui agit, c'est une volonté commune *représentative*. Deux caractères ineffaçables lui appartiennent; il faut le répéter. 1^o) Cette volonté n'est pas pleine et illimitée dans le corps des représentans; ce n'est qu'une portion de la grande volonté commune nationale. 2^o) Les délégués ne

l'exercent point comme un droit propre, c'est le droit d'autrui; la volonté commune n'est là qu'en commission.

Actuellement je laisse une foule de réflexions, auxquelles cet exposé nous conduiroit assez naturellement, et je marche à mon but. Il s'agit de savoir ce qu'on doit entendre par la *constitution* politique d'une société, et de remarquer ses justes rapports avec la *nation* elle-même.

Il est impossible de créer un corps pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est ce qu'on appelle la *constitution* de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle. Il l'est donc aussi que tout gouvernement commis doit avoir sa constitution; et ce qui est vrai du gouvernement en général, l'est aussi de toutes les parties qui le composent. Ainsi le corps des représentans, à qui est confié le pouvoir législatif ou l'exercice de la volonté commune, n'existe qu'avec la manière d'être que la nation a voulu lui donner. Il n'est rien sans ses formes constitutives; il n'agit, il ne se dirige, il ne commande que par elles.

A cette nécessité d'organiser le corps du gouvernement, si on veut qu'il existe ou qu'il agisse, il faut ajouter l'intérêt qu'a la nation à ce que le pouvoir public délégué ne puisse jamais devenir nuisible à ses commettans. De là une multitude de précautions politiques qu'on a mêlées à la constitution, et qui sont autant de règles essentielles au gouvernement, sans lesquelles l'exercice du pouvoir deviendrait illégal.

On sent donc la double nécessité de soumettre le gouvernement à des formes certaines, soit intérieures, soit extérieures, qui garantissent son aptitude à la fin pour laquelle il est établi et son impuissance à s'en écarter.

Mais qu'on nous dise d'après quelles vues, d'après quel intérêt on auroit pu donner une constitution à la *nation* elle-même. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit *naturel*. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois *positives* qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois *constitutionnelles*, qui se divisent en deux parties: les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps *législatif*; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différens corps *actifs*. Ces lois sont dites *fondamentales*, non pas en ce sens, qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher.

Dans chaque partie la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi et non autrement, que les loix constitutionnelles sont *fondamentales*. Les premières, celles qui établissent la législation, sont *fondées* par la volonté nationale avant toute constitution; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative *spéciale*. Ainsi toutes les parties du gouvernement se répondent et dépendent *en dernière analyse de la nation*. Nous n'offrons ici qu'une idée fugitive, mais elle est exacte."

Vê-se que SIEYÈS baseia sua teoria do poder constituinte na idéia do contrato social. Ora, a idéia do contrato social, formulada por JEAN-JACQUES ROUSSEAU, é uma idéia concebida sem nenhum fundamento na realidade histórica. Nunca, jamais, em lugar algum, ocorreu a hipótese de ROUSSEAU — de um grupo de indivíduos isolados decidirem se reunir para formar uma sociedade. Isso é uma concepção puramente intelectual — não tem liame com a realidade histórica. O homem é um ser histórico e social: e as comunidades humanas se formaram historicamente por um processo de evolução iniciado na noite dos tempos. Impossível determinar em que momento começou a se formar o agrupamento dos seres humanos. Quer dizer: os homens se juntaram uns aos outros naturalmente, e não por meio de uma convenção, de um contrato. Não aconteceu isso de os indivíduos se reunirem numa impossível assembléia, numa clareira de mata, ou floresta, e, após discutirem cláusulas do contrato, combinarem de viver juntos, renunciando cada qual a uma parcela de sua liberdade... Isso é uma falácia, que vale menos que uma alegoria.

Por conseguinte, nunca, em lugar nenhum, os homens decidiram constituir um Estado. Os Estados se formaram evolucionariamente, a partir de uma convivência de homens, de indivíduos, a partir da existência concreta de comunidades. As comunidades preexistiram, sempre, aos Estados, o que significa que os Estados também têm tido, ou tiveram, formas embrionárias, ou evoluíram de formas menos complexas para formas mais complexas: das tribos ditas primitivas aos Estados hodiernos, complexíssimos.

Na realidade, o que SIEYÈS chamou de poder constituinte é o poder da comunidade, ou povo — como se diz imprecisamente — de estabelecer leis para si e de formar seus próprios governos. Porém, o chamado poder constituinte, poder inerente às comunidades, ou ao povo, ou à nação, esse poder é um poder permanente e incessantemente exercido pela comunidade, ou povo; um poder que se exerce, com a mesma força e significação essenciais, em cada momento em que se edita uma lei. Desprezado o aspecto da legitimidade, pode-se dizer que toda vez que uma lei é editada no seio de um povo o poder constituinte desse povo é por ele

exercido. Não há, pois, distinção entre poder constituinte e poder constituído. Não há distinção ontológica: ônticamente, o poder “constituinte” que troca o sistema presidencial de governo por um sistema parlamentar é o mesmo poder “constituído” que edita uma lei ordinária relativa ao divórcio. Não por acaso disse SIEYÈS:

“On conçoit facilement ensuite comment les loix proprement dites, celles qui protègent les citoyens et décident de l'intérêt commun, sont l'ouvrage du corps législatif formé et se mouvant d'après ses conditions constitutives. Quoique nous ne présentions ces dernières loix qu'en seconde ligne, elles sont néanmoins les plus importantes, elles sont la *fin* dont la constitution n'est que le *moyen*. On peut les diviser en deux parties: les loix immédiates ou protectrices et les loix médiates ou directrices.”

Quer dizer: a única distinção entre poder constituinte e poder constituído tem um caráter complementar artificial. É aquela decorrente da norma, convencionada pelo legislador constituinte, segundo a qual a Constituição não pode ser modificada em um ou mais pontos declarados fundamentais. Assim, na Constituição brasileira, conforme uma tradição republicana que remonta a 1891, a Federação e a República não podem ser objeto de emenda constitucional. Não houvesse na Constituição essa tal norma, e não haveria diferença alguma entre o legislador ordinário – investido do poder de reformar a Constituição – e o constituinte.

A Inglaterra não conhece, não conheceu nunca essa distinção entre legislador constituinte e legislador comum, ordinário, constituído. No entanto, é lá que a Constituição se revela mais diuturna.

Na Inglaterra revela-se com mais nitidez o fato de que o poder constituinte é um poder que se exerce cotidianamente, incessantemente. Nem se pode compreender, senão como uma contradição nos próprios termos, a idéia de que o poder constituinte possa renunciar a si mesmo, possa suspender o seu próprio exercício, como uma respiração que resolvesse suspender-se até quando fosse necessário voltar a exercer-se.

A idéia de poder constituinte originário, como uma entidade todopoderosa que de vez em quando entra em cena, revela ser contraditória em si mesma, no momento em que se considera que ele, o poder constituinte, para entrar em ação depende sempre de que alguém o convoque, o coordene, lhe dê forma (forma dat esse rei) para que, sob forma de assembléia de representantes, entre em atividade. Ora, que poder constituinte é esse que, para cumprir o seu papel de constituir, depende de ser primeiramente constituído?

A nação, ou a comunidade, historicamente (e não por um impulso contratualista) formada, historicamente sedimentada, é que tem poder constituinte; e ela o exerce diariamente, seja nos momentos de clímax, como quando forma uma assembléia dita constituinte, seja em momentos

de vida rotineira e ordinária, como quando vota uma lei de alteração de imposto de renda. O poder de constituir o Governo, de modificar o seu ordenamento jurídico, é um poder inerente ao povo, que o exerce incessantemente, repito.

Aqueles que falam em “Assembléia Nacional Constituinte livre, autônoma, exclusiva e soberana” o fazem como se uma Assembléia Constituinte pudesse desempenhar o papel de fundar uma nova sociedade — no caso atual do Brasil, reestruturar a sociedade brasileira de forma inteiramente nova e original. Ora, essa é uma visão metafísica da realidade, das coisas, da história: uma visão contratualista superada, insustentável, ingênua mesmo. Falar em “contrato social” depois de DARWIN, depois das conquistas da antropologia moderna, é manifestar um espírito gravemente anacrônico. Nenhum ser humano participou, jamais, da cerimônia ou solenidade de celebração do contrato social de ROUSSEAU. As sociedades humanas emergiram da nebulosa, das várias nebulosas sócio-humanas formadas e evoluídas nos confins da história humana — da antepre-história humana... E, se entramos na história, isto é, na fase visível e palpável da história da humanidade, que data de muito pouco tempo — quatro ou cinco mil anos —, vemos que todas as sociedades políticas tiveram a sua Constituição — ou não teriam simplesmente existido, e que Constituição, na acepção moderna (conjunto de normas reguladoras do Estado e das relações entre o Estado e a sociedade, formalmente estabelecidas por meio de mecanismos socialmente convencionados), é fenômeno recente, bem recente.

FERDINAND LASSALLE, considerado o fundador da socialdemocracia alemã, em 1863 proferiu uma conferência, a que deu o título “Sobre a Constituição”, em que formulou esta definição de Constituição: “a soma dos fatores reais do poder que regem um país”. A palavra “soma” é da tradução. Talvez se traduzisse melhor a idéia de LASSALLE com a palavra “conjunto”: “Constituição é o conjunto dos fatores reais do poder que regem um país”. Esses fatores não se somam, mas se juntam, se coordenam, se inter-relacionam. Diz LASSALLE:

“Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos da sua história, uma Constituição *real e verdadeira*. A diferença nos tempos modernos — e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância — não são as Constituições reais e efetivas, mas sim as *Constituições escritas nas folhas de papel*.”

“De fato” — continua LASSALLE — “na maioria dos Estados modernos vem aparecer, num determinado momento de sua história, uma Constituição *escrita*, cuja missão é a de estabelecer, *documentalmente*, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente”. Formula uma hipótese: “Vamos supor” — diz ele — “por um momento, que um grande incêndio

irrompe e que nele queimaram-se todos os arquivos do Estado, todas as bibliotecas públicas, que o sinistro destruísse também a tipografia concessionária onde se imprimia a Coleção Legislativa e que ainda, por uma triste coincidência — estamos no terreno das suposições — igual desastre se desse em todas as cidades do país, desaparecendo inclusive todas as bibliotecas particulares onde existissem coleções, de tal maneira que em toda a Prússia não fosse possível achar um único exemplar das leis do país.

Suponhamos isto.

Suponhamos mais que o país, por causa deste sinistro, ficasse sem *nenhuma* das leis que o governavam e que por força das circunstâncias fosse necessário decretar *novas* leis.

Julgai que neste caso o legislador, completamente livre, poderia fazer leis a capricho de acordo com o seu modo de pensar?”

Põe LASSALLE a questão de se podia, então, o legislador prussiano suprimir a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros; e, ainda, se o Governo podia privar das suas liberdades políticas a pequena burguesia e a classe operária. Já que desapareceram todas as leis, podia ser feito tudo isso?

Suprimir a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros — não, não era possível, porque o poder real, ou o que ele chamou de “os fatores reais do poder” existentes e atuantes na Prússia daquela época não o permitiria.

Quanto a abolir as liberdades políticas da pequena burguesia e da classe trabalhadora, a resposta de LASSALLE é positiva. “Infelizmente” — diz ele — “sim; poderia, mesmo que fosse transitoriamente; os fatos nos demonstram que poderia”.

Em seguida, diz LASSALLE:

“Mas, e se o Governo pretendesse tirar à pequena burguesia e ao operariado não somente as suas liberdades *políticas*, senão sua liberdade *pessoal*, isto é, se pretendesse transformar pessoalmente ao trabalhador em escravo ou servo, tornando à situação em que viveu durante os tempos da Idade Média? Subsistiria essa pretensão?”

“Não, embora estivessem aliados ao rei a nobreza e toda a grande burguesia.

Seria tempo perdido.

O povo protestaria, gritando: antes morrer do que sermos escravos! A multidão sairia à rua sem necessidade de que os seus patrões fechassem as fábricas, a pequena burguesia juntar-se-ia

solidariamente com o povo e a resistência desse bloco seria invencível, pois nos casos extremos e desesperados também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição.”

Aplicando-se ao Brasil a hipótese de LASSALLE, verificamos que, dado o conjunto de fatores reais de poder existentes no Brasil de hoje, é impossível uma Assembléia Nacional Constituinte tão livre e soberana que possa pegar o país em estado de tábula rasa e começar tudo de novo, do ponto zero. E não só por isso: mas também porque o Brasil não é nem há como poder ser uma tábula rasa. O Brasil é uma história de mais de quatrocentos anos. Durante esses mais de quatrocentos anos muita coisa se sedimentou em nossa vida e em nosso ser social e nacional, que, sob pena de se cometerem violências trágicas, não pode ser ignorada, afastada ou desconsiderada no momento de fazer um novo papel escrito para nos reger.

Na verdade, uma Constituição não passa mesmo de uma *folha de papel*, como a denomina FERDINAND DE LASSALLE. Diz ele:

“Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: essa Constituição *real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra Constituição *escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de *folha de papel*.”

A experiência inglesa demonstra que a Constituição de um país não precisa ser, forçosamente, escrita — uma folha de papel, um documento. Demonstra principalmente que não precisa consistir num documento organicamente total: a Constituição da Inglaterra consiste em alguns documentos escritos que se sucederam através das épocas, superpondo-se uns sobre os outros — e que, nem mesmo na sua soma, ou no seu conjunto ordenado, esgotam a Constituição toda, que é bem mais do que neles se contém.

O significado da experiência inglesa serve principalmente para impugnar o caráter de verdade universal que se tenta atribuir, nos países que acompanham a vertente de experiência francesa de Constituições escritas e elaboradas por Assembléia Constituinte, à idéia de Assembléia Constituinte livre e soberana.

A experiência inglesa coloca no Parlamento o poder constituinte permanente. Os ingleses fazem isso da maneira mais natural. O Parlamento é uma Assembléia Constituinte permanente, cotidiana. Uma Assembléia Constituinte que atua, é claro, com as limitações impostas pela realidade social constituída, pré-constituída — realidade social fruto de uma evolução histórica, cujo início se perde na bruma dos tempos.

A experiência inglesa demonstra que a idéia de uma assembléia de representantes da Nação, convocada especialmente para elaborar uma Constituição e que, pronta a Constituição, ou se dissolve para que se forme

uma outra assembléa, investida de poderes constituintes limitados pelo fato de ser ela mesma constituída, ou então se transforma em assembléa de poderes constituintes limitados, derivados da sua primeira e anterior fase, não é nenhuma verdade científica. O que caracteriza a verdade científica é, principalmente, a sua validade universal. Ora essa idéa de Assembléa Nacional Constituinte se revela muito parcialmente válida, quando se verifica que, transposto o estreito Canal da Mancha, dela nem sequer se tem tomado conhecimento, para se elaborar, através do tempo, uma Constituição que se tem revelado muito mais eficaz do que as Constituições da Europa continental.

Nem pelo critério da eficácia a idéa da assembléa especialmente dotada de poderes constituintes originários conseguiu se provar o melhor caminho, na história do mundo onde surgiu e mais frutificou: o mundo ocidental. As Constituições numerosas que foram feitas, até agora, por sucessivas Assembléas Constituintes originárias têm tido uma existência muito breve. Enquanto isso, a Constituição inglesa — que é em grande parte consuetudinária — e a norte-americana, que é fruto do “costume” encontrado pelas decisões judiciais, sobrevivem às intempéries histórico-sociais, e permitem as mutações trazidas por essas intempéries.

Diz-se que os ingleses preferem uma ordem de *habeas corpus* cumprida a uma solene declaração de direitos. E que preferem, também, falar em liberdades, a falar em Liberdade. Os ingleses são um povo empirista, prático, não metafisicista. Não é por acaso que a Constituição deles não precisou ser, na sua maior parte, escrita. E que as partes escritas dela são documentos (*Magna Charta*, *Petition of Rights*, *Bill of Rights*, *Act of Settlement* etc.) elaborados ao longo de mais de setecentos anos. Um hoje, outro daqui a quatrocentos anos, mais outro daí a sessenta anos, e assim se compôs o conjunto de documentos escritos que integram a Constituição da Inglaterra. A qual, portanto, não tem idade. Formou-se devagar. E, é claro, continuará a evoluir, segundo o mesmo processo e método — método que é uma paradoxal falta de método.

A Constituição dos Estados Unidos é escrita. E vai fazer, dentro de um ano, duzentos anos de existência. Nesses dois séculos, sofreu 21 emendas. Das quais a mais importante é a que aboliu a escravidão dos negros, a Emenda nº XIII. Embora classificada como rígida, não o é na verdade tanto como se pensa. Muitas foram as emendas que sofreu. Além disso, a verdadeira Constituição dos Estados Unidos tem de ser encontrada não no seu texto original, mas no repositório das decisões da Suprema Corte: na interpretação judicial da Constituição. Todos os estudiosos do sistema constitucional norte-americano demonstram ser ele uma obra do construtivismo judicial, uma obra do tempo, uma obra incessante das gerações. KARL LOEWENSTEIN, descrevendo o sistema presidencialista dos Estados Unidos, ressalta essa constatação, afirmando:

“O milagre da República americana não se baseia em sua Constituição; aconteceu apesar dela.”

A idéia de que a Constituição de um país deve ser o bastante plástica e flexível para acolher e permitir todas as mutações decididas pela sociedade por intermédio de mecanismos democráticos estabelecidos pela Constituição mesma é uma intuição que tivemos e que, para nossa satisfação, encontrou confirmação em KARL LOEWENSTEIN. Diz ele no seu livro *Teoria da Constituição*:

“De um ponto de vista puramente teórico — e com isso entramos no tema propriamente dito — uma Constituição seria aquela ordem normativa conformadora do processo político segundo o qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto da ordem política como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessário mudar as normas reguladoras. Cada Constituição integra, por assim dizer, tão-só o *statu quo* existente no momento de seu nascimento, e não pode prever o futuro; no melhor dos casos, quando esteja *inteligentemente redigida*, pode tentar levar em conta desde o princípio necessidades futuras por meio de destaques e válvulas cuidadosamente colocados, ainda que uma formulação demasiado elástica possa prejudicar à segurança jurídica. Assim, pois, é preciso resignar-se com o caráter de compromisso inerente a qualquer Constituição. Cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma, e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma, e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclitiano de tudo o que vive.”

Constituição é algo elaborado por um poder, poder denominado pela ciência política e jurídica de “poder constituinte”. Mas quem é que tem esse poder constituinte, esse poder de constituir não a sociedade, não a Nação, não o povo — que são realidades preexistentes, mas o Estado?

Quem faz a Constituição são os donos reais do poder. O poder constituinte pertence, evidentemente, a quem tem, de fato, no interior da sociedade, o poder de ditar e editar as normas. Esse poder pertence às classes dominantes. Estas é que modelam o Estado de acordo com os seus interesses: à sua imagem e semelhança. FERDINAND LASSALLE, ao responder à pergunta sobre de onde proveio a aspiração moderna de ter Constituições escritas, esclarece bem esse ponto: “somente pode ter origem” — diz ele —, “evidentemente, no fato de que nos *elementos reais do poder* imperantes dentro do país se tenha operado uma *transformação*. Se não se tivessem operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranqüilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional”. E LASSALLE argumenta, mais adiante, mostrando

que ao regime feudal, na Prússia, correspondeu uma Constituição; ao regime absolutista, uma Constituição absolutista; e, com a Revolução de 1848, que para LASSALLE foi como um incêndio que houvesse destruído toda a legislação até então vigente, instalou-se uma Assembléia Nacional Constituinte que se frustrou e acabou dissolvida, porque não cuidou de transformar o exército "tão radicalmente, que não voltasse a ser o instrumento de força ao serviço do rei contra a nação".

Uma Assembléia Constituinte não é uma força abstrata, livre de quaisquer condicionamentos. Ela existe e atua dentro da sociedade, que é uma unidade necessariamente pré-constituída, como bem observa CARL SCHMIDT. Em outras palavras: uma Assembléia Constituinte não é nem livre, nem soberana. Ela é a expressão das forças sociais dominantes, um instrumento de ação legiferante, de ação constituinte, dessas forças.

Não existe, não pode existir uma Assembléia Nacional Constituinte livre e soberana. Livre de quê? Soberana para o quê?

Livre não é, por ser uma composição variada, uma composição de forças diversas, díspares, opostas ou divergentes entre si. As alianças que no interior dela, da assembléia, se formam é que constituem a maioria — e a decisão da maioria é que fixa o resultado do funcionamento da assembléia. Ela não tem liberdade senão de atuar como resultado de um sistema de forças: prevalecerão as forças mais poderosas que dentro dela se representam. A Assembléia Constituinte nasce e atua condicionada — fruto das condições sociais e históricas em que aparece.

Soberana para quê? Nenhuma Assembléia Constituinte que se reúna, no Brasil, hoje, terá soberania bastante para substituir a língua portuguesa como língua oficial da nação; para abolir o *habeas corpus*; suprimir o mandado de segurança; abolir o direito de petição; o de reunião; alterar as fronteiras do país; abolir o Poder Legislativo; extinguir os Estados-Membros da Federação; abolir o direito de propriedade individual de todos os bens; abolir as Forças Armadas; abolir o casamento entre sexos diferentes e permitir o de sexos iguais; abolir o direito a remuneração do trabalho; abolir o direito ao nome; abolir o sigilo da correspondência etc.

Nenhuma Assembléia Nacional Constituinte pode, no Brasil de hoje ou em qualquer país de qualquer época, fundar instituições inteiramente novas. Por mais revolucionária que ela seja. Isso porque, sobre os seus integrantes, atua o peso avassalador de uma coisa que se chama a *cultura nacional*, que é o conjunto de valores e bens, crenças e convicções e idéias, princípios e aspirações, de que se entretetece a organização e o viver de uma comunidade humana.

A próxima Assembléia Nacional Constituinte brasileira atuará sob o peso da realidade presente, que é o resultado de um já longo passado do

homem brasileiro, influído pelo homem ocidental, moldado pelo homem universal.

Uma Assembléa Constituinte não faz esse papel escrito (no dizer de Frederico da Prússia), que é uma Constituição escrita, livremente descondicionada dos fatores sociais e históricos presentes e atuantes no momento em que ela se reúne.

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, no seu livro *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, o diz muito bem, embora o diga de passagem, ao se referir às Leis Constitucionais n.ºs 13 e 15, de 12 e 26 de novembro de 1945, as quais como que balizaram, de alguns modos, a Assembléa Nacional Constituinte de 1946. Diz AFONSO ARINOS, na página 231 do segundo volume da sua obra:

“A primeira deu à futura Assembléa o nome de Constituinte, para marcar bem que ela não era o Parlamento ordinário, e declarou expressamente que a mesma (sic) tinha “poderes ilimitados” para votar a Constituição do Brasil. É claro que esta expressão “poderes ilimitados” deve ser tomada somente no sentido jurídico, como significativa de que a Assembléa não teria limitações jurídicas à sua ação. Limitações de outra natureza — éticas, históricas, econômicas e sociológicas — ela não poderia deixar de ter.”

AFONSO ARINOS aponta, aqui, com uma concisão perfeita, um dos aspectos mais importantes da questão da Assembléa Constituinte. Um aspecto em geral ignorado pela maioria das pessoas que, leviana e superficialmente, discutem essa questão. Os que preconizam uma “Assembléa Constituinte livre, autônoma, exclusiva e soberana” não percebem que não existe, não pode existir uma Assembléa Constituinte absolutamente soberana. Juridicamente, sim, ela é soberana. Mas, politicamente, eticamente, historicamente, economicamente e sociologicamente, sua soberania é limitada por imposições concretas da realidade. É pena que mesmo juristas que sabem disso não extraem desse conhecimento as lições e conseqüências devidas, as quais uma reflexão sincera não pode escamotear. PAULO BONAVIDES — que citaremos para exemplo — diz, no artigo “Constituinte aberta: a Revolução sem Armas”, que abre o seu volume *Constituinte e Constituição*:

“Assembléa Constituinte e *referendum* constituinte, eis o binômio insubstituível que há de coroar, em termos de legitimidade formal, a ação constituinte em vias de concretizar-se.

Dissemos legitimidade formal, porque não ignoramos o poder do fato sociológico, a intensidade normativa do social, a força da compulsão dos interesses estabelecidos, a dependência política e ideológica do constituinte numa sociedade de classes e

sobretudo o nó de instituições que representam um passivo histórico, impossível de desfazer-se com tinta e papel, mediante decreto constituinte, por mais poderosa que seja a vontade daquela assembléia ou por mais ilimitadas que sejam teoricamente as suas faculdades de reforma e os seus poderes de intervenção e criatividade institucional.”

Esse trecho do pensamento de PAULO BONAVIDES é o mais inteligente de tudo o que ele já escreveu a respeito dessa matéria. Quase tudo o que ele tem afirmado se compõe de lugares-comuns do constitucionalismo que vem do contratualismo rousseauiano filtrado por SIEYÈS. Aqui, neste passo, não: BONAVIDES se revela moderno e lúcido. É simplesmente *ir ao ponto certo, pôr o dedo na ferida*, falar do real e do concreto, e não do metafísico, falar da “intensidade normativa do social”, da “força de compulsão dos interesses estabelecidos”, da “dependência política e ideológica do constituinte numa sociedade de classes” e do “nó de instituições que representam um passivo histórico, impossível de desfazer-se com tinta e papel, mediante decreto constituinte, por mais poderosa que seja a vontade daquela assembléia ou por mais ilimitados que sejam teoricamente as suas faculdades de reforma e os seus poderes de intervenção e criatividade institucional”.

Assim se exprimindo, PAULO BONAVIDES revelou compreender que uma Assembléia Constituinte não pode ser instrumento de transformação — porque ela não pode ser senão o que é: expressão de uma realidade. Se uma transformação se fez ou está se fazendo, a Assembléia Constituinte a exprimirá. Mas se nenhuma quebra ocorrer na correlação de forças sociais concretas, na correlação entre dominantes e dominados, entre interesses díspares e às vezes conflitantes, então não se espere que a Assembléia Constituinte possa fazer aquilo que não foi feito antes. Toda Assembléia Constituinte é apenas um poder homologatório de uma transação ou de uma decisão majoritária. Quando dentre as diversas forças sociais não emerge uma dotada de maior força para impor os seus interesses e concepções de vida, opera-se uma transação: um consenso entre adversários impotentes. Quando uma das forças, porém, como aconteceu em 1964, no Brasil, ou na Rússia Soviética de 1918, se sente suficientemente forte para impor suas próprias concepções, então a Constituição efetiva e real se documenta e formaliza como expressão dessas concepções.

Toda sociedade tem o poder de organizar o “seu” Estado. Esse poder pertence, de fato, isto é, politicamente, às classes e organizações existentes

no interior da sociedade que detém o poder real de dominação. Toda Assembléia Constituinte, embora tenha o nome de nacional (palavra que possui uma denotação de realidade global supraclasses), é, sempre, um instrumento, um intérprete, uma expressão dos interesses e idéias dessas classes e organizações. O poder constituinte pertence, teoricamente, à sociedade como um todo, mas é exercido, na prática, por quem o possui de fato.

Uma reflexão sobre a próxima Assembléia Nacional Constituinte brasileira tem de conter, preliminarmente, uma descrição verdadeira e minuciosa da realidade social, política, econômica e cultural do Brasil de hoje, a fim de se verificar quais são os fatores reais de poder na sociedade brasileira atual, e de que modo e forma esses fatores reais de poder deverão se representar na Assembléia Constituinte.

Uma missão para a sociologia, mais do que para a ciência política e o direito.

Grosso modo, divisamos na sociedade brasileira atual um conjunto de forças sociais diversas e complexas na sua composição. Há uma classe capitalista compósita e variada, integrada por empresários de todas as dimensões: o chamado empresariado nacional, de capital nacional e interesses coincidentes com o do desenvolvimento de uma sociedade mais ou menos independente no plano das relações econômicas internacionais. Há uma outra classe capitalista, difícil de separar da primeira, mas na qual predomina o seu caráter de sócia menor das empresas capitalistas estrangeiras, as chamadas multinacionais. Essa classe não tem interesse num desenvolvimento brasileiro independente, autônomo; insensível mesmo a esse interesse, floresce, enquanto classe, como sócia, delegada e preposta do capital internacional. Localiza-se principalmente em São Paulo e no Rio de Janeiro, como a outra. Existe a classe dos proprietários rurais, subdividida em camadas diversas: proprietários enormes, grandes, médios, pequenos, pequeninhos. Em sua composição entra um elemento novo: o proprietário rural capitalista e o multinacional. A estatística ainda não nos informou de quantas são as propriedades rurais que no Brasil pertencem a grandes empresas multinacionais operantes em nosso País. No âmbito dessas propriedades, que se estendem por milhares de hectares, não vigoram os conceitos prevalecentes na propriedade rural tradicional brasileira: nelas, as relações de trabalho, por exemplo, são de conteúdo e caráter eminentemente capitalistas, e por isso os trabalhadores têm condições de vida privilegiadíssimas, em comparação com os das propriedades

tradicionais. Existe a classe mais numerosa dos trabalhadores urbanos, que, apesar de desorganizados para uma ação de defesa dos seus interesses de classe, constituem, principalmente nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, uma força social e política considerável. No interior dessa classe, é preciso também fazer distinções, dado que não é uma classe homogênea. Entre os trabalhadores urbanos, as categorias profissionais se diferenciam umas das outras de modo nítido: umas têm um nível de remuneração muito mais alto do que outras. Há mesmo aqueles que, a propósito de certas categorias dos metalúrgicos, por exemplo, chegam a usar a expressão “aristocracia operária”, para assim classificar aquelas categorias que recebem uma remuneração que lhes confere um *status* privilegiado. Talvez seja possível, na definição dos interesses das categorias de trabalhadores urbanos, componentes da amplíssima “classe operária”, distinguir entre os que trabalham para empresas brasileiras e os que trabalham para empresas multinacionais. Parece certo que entre eles não há homogeneidade de interesses, visto que os empregados de empresas multinacionais contam com alguns privilégios e uma diferença de tratamento que os distinguem sensivelmente dos empregados de empresas brasileiras. Dentro desse complexo social, movimentam-se também os profissionais liberais, que determinadas injunções têm descaracterizado rapidamente em relação ao seu modelo tradicional, transformando um grande contingente deles em assalariados. Tais são, por exemplo, os advogados e os médicos — aqueles, em grande número empregados, hoje em dia, de empresas capitalistas, inclusive multinacionais, estatais e outras, e estes jungidos à Previdência Social. Finalmente, resta a “classe” dos indivíduos sem qualificação profissional, deserdados e desamparados, integrantes do numeroso exército do que MARX chamava de “lumpemproletariat” — massa informe e disponível.

Duas organizações formidáveis atuam no interior dessa sociedade assim tão por alto descrita; a Igreja Católica Apostólica Romana e as Forças Armadas. A Igreja Católica Romana constitui o principal dos cleros atuantes em nossa sociedade. Até três décadas atrás, era conservatista e mesmo reacionário o papel desempenhado pelo clero católico. Durante esse período, dividiu-se ele em três correntes filosófico-políticas; uma, tradicionalista, que continua a desempenhar uma função frenadora de todo impulso de transformação social, política, econômica, cultural; outra, que se responsabiliza pela chamada Teologia da Libertação, assumiu um papel e uma missão de caráter revolucionário, propondo-se a promover, de modo radical, a mudança da atual estrutura sócio-econômico-político-cultural da sociedade brasileira; e uma terceira, moderada, que se situa em posição de equilíbrio entre as duas primeiras. Não importa investigar se essa tripartição do clero católico corresponde ou não a um comportamento planejado da alta hierarquia católica, a manobrar, unitariamente, por meio de três correntes divergentes no que seria apenas a estratégia de

manutenção do poder temporal da Igreja. Interessa apenas constatar que essas três correntes atuam fortemente e influentemente no seio da sociedade brasileira, compondo um embate permanente e cotidiano entre as forças “progressistas” da Teologia da Libertação e as conservadoras do que chamaríamos, então, de Religião Tradicional. As Forças Armadas têm-se apresentado, nas duas últimas décadas, como uma organização ideologicamente unida, orientada por alguns princípios mais ou menos indiscutidos e aceitos por todos os militares. Essa unidade, todavia, é apenas aparente. É de todo presumível que a mesma divisão que atinge a sociedade brasileira, quanto às opções políticas que se lhe apresentam, alcança o estamento militar, o qual, de resto, também, não tem uma formação social homogênea, dividido que é em classes, inclusive quanto à sua origem. O que ocorre é que o controle político-ideológico tornou-se, nos últimos vinte e um anos, muito mais rígido e severo no seio das Forças Armadas. Não se viram, ao longo desse período, como se viam no passado, oficiais nacionalistas e mesmo comunistas, atuando, dentro e fora das Forças Armadas, com uma certa desenvoltura na ostentação e afirmação de suas convicções políticas. Mas é presumível — repito — que continue a haver, lá dentro, a mesma divisão antiga. Porém, é ainda mais forte a presunção, assim me parece, de que a orientação política imposta e dominante nos últimos vinte e um anos continue a prevalecer dentro das Forças Armadas do Brasil. Essa orientação não é nem nacionalista nem permeável a qualquer sopro de socialização econômica. Em outras palavras: a posição anticomunista das Forças Armadas presumivelmente continua a ser a mais forte no seio delas.

Acho possível e mesmo indispensável distinguir, ainda, no panorama descritivo da composição da sociedade brasileira, uma classe que não é classe na sua conceituação econômica e sociológica, mas que o é, talvez, num sentido psicológico: a dos intelectuais. Ela retira os seus elementos integrantes de todas as classes sociais — porém, na sua maior parte, compõe-se de elementos integrantes da pequena-burguesia assalariada: professores universitários, jornalistas, escritores, artistas de um modo geral. É uma “classe qualitativa”, digamos assim. E muito influente, por causa da força de irradiação de suas manifestações. Desempenha um importante papel de fermentação de idéias. Tem, a seu favor, o fato de que é a única “classe” social capaz de pensar contra os seus próprios interesses individuais e de classe. Somente um intelectual é capaz de, sendo capitalista, precorizar a extinção da classe dos capitalistas; ou, sendo latifundiário, trabalhar contra a classe dos latifundiários; ou, sendo aristocrata, trabalhar, como Joaquim Nabuco, contra a aristocracia dona de escravos.

A próxima Assembléia Constituinte brasileira deverá refletir o estado atual da correlação de forças políticas, econômicas, culturais, sociais, religiosas e filosóficas existentes e atuantes no seio da sociedade brasileira.

Há, aparentemente, uma neutralização recíproca entre essas forças, neste momento, de modo que nenhuma delas poderá impor suas concepções de modo excludente das demais. A próxima Constituição brasileira deverá resultar, portanto, de uma transação, de um compromisso, ideologicamente misto, compósito, plural, abrangente. Isso porque, repetindo, as diversas forças atuantes na sociedade brasileira, neste momento, exercem um papel, umas em relação às outras, de freios e contrapesos, de modo que se anulam reciprocamente.

Se não se modificar o atual sistema de representação popular e de eleição de candidatos, de modo que a composição da futura Assembléia Nacional Constituinte tenha uma maioria de delegados comprometidos com os interesses autênticos e as aspirações vitais da sociedade brasileira, de nada adiantará ter-se uma Assembléia Constituinte pura, exclusivamente constituinte. Se não se alterar o atual sistema eleitoral por um outro que lhe seja superior e melhor, em função da necessidade de se escolherem representantes imbuídos de um pensamento democrático, emancipacionista, abolicionista, igualitarista, e, permita-se-me a palavra, patriótico, mais do que um risco, haverá a certeza de virmos a ter uma Assembléia Constituinte tão conservadora, tão infensa a mudanças reais e profundas na ordem social e política e econômica e cultural e moral da Nação, quanto pode sê-lo um Congresso Nacional assim caracterizado. O que importa é a natureza, o tipo, o caráter, o conteúdo do delegado à Assembléia Constituinte. O rótulo da Assembléia não importa nada. Congresso Nacional com poderes de Constituição originária, ou Assembléia puramente Constituinte — tanto faz: se os homens e mulheres que lá dentro estiverem a representar a sociedade brasileira não forem pessoas seriamente comprometidas com os interesses nacionais e populares, se não forem expressões desses interesses, a Nação será frustrada, gravemente, pela Constituição que sair de tal Assembléia.

Se prevalecer, na escolha dos delegados à próxima Assembléia Nacional Constituinte, o sistema atual de representação política, é certo que ela vai refletir a atual correlação de forças sociais e políticas e econômicas existentes no interior da sociedade brasileira. Não poderia ser de outro modo. Somente uma mudança nos sistemas de representação e eleição poderia permitir uma mudança na representação das classes sociais e portanto na composição político-ideológica da futura Assembléia Constituinte.

Em 1788, no seu ensaio panfletário, justamente famoso, *Que é o Terceiro Estado?*, o Abade Sieyès perguntava: “Que é o Terceiro Estado?” E respondia: “Tudo”. Podemos hoje, pela analogia do número, da força e da legitimidade dos interesses, perguntar também: “Que é a classe trabalhadora?” e a resposta seria também esta: “Tudo”. Mas, assim como o

Terceiro Estado — a burguesia compreendia, então, também os trabalhadores e camponeses —, embora correspondesse à quase totalidade da Nação francesa, não tinha representação proporcional nos Estados Gerais, isto é, no Parlamento da França, e nenhuma participação no governo do país, assim também, no Brasil, a classe mais numerosa, aquela cujo desenvolvimento coincide com o desenvolvimento nacional, a classe dos trabalhadores, não se vê representada, na proporção devida e justa, no seio do Congresso Nacional e não participa, de forma alguma, no governo do nosso País. Resolver essa contradição é o desafio cuja resposta certa conduziria o Brasil ao encontro do seu caminho na história. Essa resposta deverá e precisará ser construída nas próximas décadas — mas quanto antes, melhor.

O que faz a legitimidade de uma Assembléia Nacional Constituinte é a autenticidade da representação popular e nacional nela contida.

Não adianta nada uma Assembléia Constituinte se convocar e instalar e realizar, com o rótulo de livre, soberana e exclusiva, se nela não estiverem representados, autenticamente, todos os segmentos da sociedade. Mas não é suficiente que estejam representados todos os segmentos da sociedade; é indispensável que estejam representados os segmentos majoritários da sociedade.

De nada adianta a Assembléia Nacional Constituinte se rotular de livre, soberana e exclusiva, se nela forem majoritários os empresários, os fazendeiros, a alta classe média, a plutocracia, os banqueiros.

A bandeira de uma Assembléia Nacional Constituinte livre, soberana e exclusiva pode levar a uma completa frustração dos verdadeiros objetivos de uma Assembléia Constituinte. Ela contém perigos que a maioria das pessoas que discutem o assunto não estão enxergando.

A questão é simples, porém difícil. Para que a próxima — e qualquer — Assembléia Nacional Constituinte seja autêntica (embora nem livre, nem soberana, pois isso é impossível) é preciso que a eleição, isto é, a escolha dos constituintes seja feita de forma que assegure uma escolha de representantes da maioria do povo, entendida a palavra povo como significando algo diferente da burguesia, da alta classe média, da plutocracia, dos fazendeiros.

O problema não é de rótulo, nem de palavrório; mas, sim, estritamente eleitoral.

O que é preciso é que a legislação eleitoral seja modificada a fim de se assegurar uma composição popular — e, pois, nacional — da Assembléia Constituinte.

Se a eleição de 15 de novembro de 1986, que escolherá os constituintes — Deputados e Senadores —, for feita de modo que se torne livre de privilégios econômicos a eleição dos constituintes, de modo que se impeça a eleição de uma maioria de ricos apenas por serem ricos, e se assegurem mecanismos eleitorais que permitam que um candidato pobre, porém melhor do que um rico, seja eleito, então teremos, em 1987, uma Assembléia Constituinte capaz de fazer uma Constituição conveniente ao Brasil. Então, pouco importará que a Assembléia Nacional Constituinte seja ao mesmo tempo o Congresso Nacional — não exclusiva, portanto.

É preciso refletir sobre o essencial e não sobre as aparências induzidas por palavras altissonantes.

O processo pelo qual e ao longo do qual se elaborará a resposta a um tal desafio premente deve pautar-se num esforço de criatividade que, até hoje, não foi realizado em nosso viver nacional. Cultura reflexa e de originalidade escassa, imitadora e repetidora do que se faz nas culturas que nos servem de modelo principalmente desde a nossa independência política, o Brasil se mostra particularmente submisso aos moldes estrangeiros e incapaz de criar a partir de sua própria experiência no plano da sua organização política, da estruturação de suas instituições. Tudo aqui é transplantado da Europa e dos Estados Unidos. É hora de jogarmos fora as idéias feitas e recebidas com o selo da sua origem — e criarmos as nossas. E é tempo de extrairmos das experiências alheias lições que nos sirvam.

Para se chegar a uma Constituição que possa ser, assim, um modelo ideal de Constituição política, é preciso que tenhamos a coragem de assumir uma *praxis* genuinamente nacional, lidimamente brasileira.

Um das primeiras constatações que devemos fazer é a de que a sociedade brasileira é irredutível a um modelo estático de Estado: temos de assumir os riscos da dinamicidade, que, se é inerente a toda sociedade humana, é uma característica ainda mais específica da sociedade brasileira. O Brasil muda a todo momento — e a nossa Constituição tem de ser o instrumento da nossa mudança e da nossa mutabilidade. A melhor Constituição para o Brasil será aquela que, sem se expor a mutilações e desobediências, acolha, com a plasticidade conveniente, as mudanças que não podem nem devem ser impedidas, quando formuladas e reivindicadas e processadas como resultado de uma opção consciente da maioria da Nação. Para que isso aconteça de uma forma cheia de sabedoria e prudência, é preciso que a Constituição contenha os mecanismos eficazes de verificação e apuração e asseguramento de opções verdadeiramente conscientes. É preciso, em suma, que a Constituição estabeleça mecanismos verdadeiramente democráticos de verificação e asseguramento da vontade nacional.

A Magna Carta

— conceituação e antecedentes

ANTONIO MANOEL BANDEIRA CARDOSO
Advogado no DF

A Magna Carta é o documento assinado, em 1215, por João Sem Terra, sob pressão dos barões. É considerada a base das liberdades inglesas.

Estava a Inglaterra em plena Idade Média e vigorava o regime feudal, quando houve as Cruzadas, para as quais seguiram muitos príncipes, senhores feudais e até reis, como Ricardo Coração de Leão, da Inglaterra; Felipe Augusto, da França; e Frederico Barba Roxa, da Alemanha.

Essas prolongadas ausências de fidalgos e reis originaram um bom número de intrigas políticas e aventuras românticas, que forneceram farto assunto a poetas e prosadores de épocas mais recentes. Um destes episódios, amplamente divulgado por famosas obras históricas e literárias, como a História de Robin Hood e Ivanhoé, esta de autoria de WALTER SCOTT, introdutor do romantismo na Inglaterra, sem dúvida concorreu para reformas que resultaram na organização política da Inglaterra.

Em 1189, à frente de suas tropas, partia para a Síria o soberano inglês Ricardo Coração de Leão a fim de combater nas Cruzadas. Depois de aprisionado por Leopoldo da Áustria, passou longos anos longe de seu reino. Assumiu o trono seu irmão João Sem Terra, cujo governo desagradou profundamente aos súditos, principalmente aos nobres. O retorno do verdadeiro monarca representou um alívio geral.

Entretanto, faleceu Ricardo pouco depois, vitimado por uma infecção originada por ferimento provocado por uma flecha. Sucedeu-lhe, então, seu irmão João Sem Terra, desta vez legalmente, empreendendo logo expedição militar que redundou num tremendo desastre. Tomaram os nobres atitude agressiva e impuseram a João Sem Terra assinar a Magna Carta.

Voltemos aos fatos que precederam ao célebre diploma de Runnymede.

Embora habitada desde 500 a.C., só com a conquista normanda, sob Guilherme I (1066-1087), foi que a Inglaterra assentou os marcos de uma futura organização política. Os celtas (tribos da Europa Central de origem semítica), os romanos, os saxões e os nórdicos que antecederam os normandos na conquista da Inglaterra não lograram assentar aqueles marcos. Não obstante, reis como Artur (saxão), Alfredo (saxão — 871-890), Canuto (dinamarquês — 1017-1035) e Eduardo o Confessor

(anglo-saxão — 1042-1066) estabeleceram as bases rudimentares de um sistema de governo, baseado no poder sem limites do rei, assistido por um “Conselho de Prudentes” e com o apoio das armas. Guilherme I (duque da Normandia — o Conquistador) instituiu o Grande Conselho, composto de barões, bispos e abades; o rei o convocava periodicamente para ouvir-lhe a opinião sobre assuntos do governo. Conser-
vou os **Sheriffs** anglo-saxões, os seus representantes nos **Shires** (Distritos, condados, departamentos ou províncias), os quais arrecadavam impostos e presidiam as Cortes de Justiça. Ao ser coroado, jurou manter as leis e costumes anglo-saxões, respeitar os direitos feudais, temer e venerar a Igreja.

Ainda que a insurreição fosse um direito feudal — como observou ANDRÉ MAUROIS em sua **História da Inglaterra** —, contra reis injustos os barões não hesitavam em se utilizar dela.

Coube ao terceiro filho de Guilherme, Henrique I (1100-1135), outorgar o primeiro estatuto escrito que a Inglaterra possuiu, denominado pequena Carta, em que o rei se comprometia a respeitar as leis de Eduardo o Confessor (costumes anglo-saxões, direitos feudais e veneração à Igreja), abolir os maus costumes, não deixar vagos os benefícios eclesiásticos, e não lançar impostos feudais irregulares. Essa Carta foi, em 1213, revigorada por inspiração de Langton — Arcebispo de Canterbury — pois que os sucessores de seu prolator haviam-na esquecido. Esse sábio e virtuoso monge, que exercia as funções de conselheiro privado do rei, por força do cargo de bispo, reunia, às ocultas, os barões para ler-lhes a Carta de Henrique I, acentuando que era mister restaurá-la, ampliando-a.

Diante do insucesso da coligação continental contra Felipe Augusto — Rei de França — chefiada por João Sem Terra, e com a derrota de Bouvines, em 1214, da qual resultou a perda de quase todas as possessões francesas, os barões obrigaram o rei a assinar um documento por eles elaborado, sob a inspiração de Langton, fato esse ocorrido em 1215.

Redigida em latim, não estava a Magna Carta em condições de ser apreciada pelas inteligências comuns, e, se não fossem as cópias tiradas previamente pelos altos prelados, ter-se-ia perdido, porquanto João Sem Terra não a quis registrar, premeditando a sua destruição.

Devemos considerar o diploma inglês de Runnymede em suas proporções normais, sem desnecessário ânimo e entusiasmo.

Assim definiu o Professor PINTO FERREIRA:

“A Magna Carta encerra uma época histórica e reabre uma outra, devendo ser entendida como a crisálida ou o modelo imperfeito das Constituições posteriores.”

Esta simetria é perfeita de valor, no tempo e no espaço, estabelecendo sucintamente a posição desse molde constitucional, que deu lugar a outros tipos, na proporção das conquistas nacionais.

Como se processou a assinatura da Magna Carta e fatos subseqüentes

— As well, may they ask my crown! exclamou João Sem Terra, à semelhança de um bobo, fulvo, cercado pela matilha dos barões ingleses que lhe impuseram a outorga da Magna Carta, semelhante ou inspirada naquela outra do ano de 1100, de Henrique II. Para um espírito tacanho e trapaceiro como daquele plantageneta, de fato a aposição da assinatura ou de selo real sobre o pergaminho dos barões e dos dignatários da Igreja Católica significava o mesmo que arrancar-lhe a coroa da cabeça.

Desde 1213, vinha João Sem Terra encurralado num círculo de fogo de reivindicações, às quais fugia ou cedia de má fé. Excomungado por Inocêncio III, finge uma submissão redentora de fiel vassalo da Santa Sé. Esquecendo logo depois a convenção de Dover, arma-se com a Flandres e com Oto IV, da Alemanha, contra Felipe Augusto, mas é vencido entre Lille e Tornai, em 1214. No ano seguinte, os bispos e os barões organizaram “o Exército de Deus e da Santa Igreja”, que marcha contra Londres, quando João Sem Terra julga que vai perder a coroa com a famosa lei constitucional assinada no dia 15 de junho de 1215. Acabou assim a luta dos barões naquele domingo em que invadiram Londres na hora em que o povo orava nas igrejas.

Durante quatro dias, o inescrupuloso e enraivecido soberano lutou contra os revolucionários; seus protestos morriam, porém, sem eco dentro dos reposteiros, em face da indiferença cautelosa da guarda real e da famulagem, habituada a seus excessos de cólera impotente.

Mas o desiderato se concretizou na verde campina de Runnymede, condado de Suney, onde foi levantado um suntuoso pavilhão, sobre o qual tremulavam flâmulas inglesas bordadas de leões ameaçadores e inofensivos.

Sentado sobre um trono ali construído e tendo à frente a rude e insubmissa fidalguia, apoiada nos punhos das espadas desembainhadas. João ouviu, com semblante anuviado, o preâmbulo e as 67 cláusulas da grande **Charte**.

E, após um silêncio perigoso e angustiante, assinou o compromisso e mandou que nele fosse apostado aquele selo de autenticidade, que tem a legenda em latim e representa um cavaleiro de espada em punho; e, no reverso, a sua ostensiva figura entronizada com o aspecto grotesco de divindade hindu.

E mal havia o Rei João assinado a carta, rolou pelo chão mordendo pedaços de madeira — tal era a sua fúria — “Eles me deram vinte e cinco super-reis”, gritava ele. Depois voltando à sua diplomacia pérfida, dirigiu-se ao representante do Papa Inocêncio III, com quem estava reconciliado, para ficar dispensado do juramento de respeitar a Carta. O Papa, indignado com essa revolta armada que o arcebispo por ele escolhido inspirara, excomungou os burgueses de Londres. Estes, a

conselho de Langton, mandaram tocar os sinos e celebrar missa como se nada tivesse acontecido. A autoridade da Igreja na Inglaterra, excessivamente distante do papado, se tornara frágil. Felipe Augusto, que se empenhava por dar às suas ambições uma máscara legal, aproveitou as circunstâncias para proclamar Rei da Inglaterra seu filho Luís, que esposara uma filha de João Sem Terra. João, segundo ele, fora condenado à morte pelo assassinio de Artur da Bretanha. Perdera, pois, os direitos à coroa e, como essa sentença fora proferida antes de seu filho nascer, o herdeiro legal do trono da Inglaterra era Luís de França. Luís desembarcou em Kent em 1216 e, apoiado por muitos barões ingleses, foi no encalço do rei. O destino se encarregou de dar desfecho a essa história, pois João Sem Terra morreu a 19 de outubro de 1216 de uma indigestão causada por excesso de pêssegos e de cidra nova.

Considerações sobre a Carta de Runnymede

Devemos fixar bem as datas das frustrações reais e das confirmações púnicas da **Magna Charta Libertatum** no sentido de não louvar João Sem Terra por uma outorga estatucional feita sob a ameaça da nobreza e do clero, já que o povo em regime feudal não podia pegar em armas contra aquele que segurava a coroa com os textos teológicos que lhe convinha evocar.

Consideremos que João Sem Terra usou e abusou dos privilégios que a Corte Pontifícia lhe assegurou.

JOHN FIGGS resume sua ação política nesta frase:

“La tiranía de Rey Juan y de su hijo se sostuvo en gran medida gracias al arroio papal.”

LOPES GONÇALVES, em seu trabalho sobre a Constituição do Brasil, apresenta em apêndice o seguinte texto:

“Sabemos que aquele infatigável parlamentar era sincero ao considerar que o êxito do regime federativo-presidencial dos Estados Unidos se devia ao fato de ter sido inspirado o povo americano, quando possível, no liberalismo da velha Inglaterra, criadora, sem contraste, do direito público com as suas Magnas Cartas de:

15 de junho de 1215 — João Sem Terra;

11 de fevereiro de 1225 — Henrique III;

com a petição dos direitos, de 7 de julho de 1628 — Carlos I;

Declaração dos Direitos — (Bill of Rights) — 13 de fevereiro de 1689, de Guilherme III;

Lei do Estabelecimento, de 12 de junho de 1701, ainda de Guilherme III;

Lei do **Habeas Corpus**, de 26 de maio de 1769, de Carlos II.”

Segundo LORD CHATAM, o primeiro Pitt, tais Cartas formam a Bíblia da Constituição inglesa.

ANDRÉ MAUROIS colocava-se junto aos escritores que negam ao documento o caráter de uma conquista popular, alegando que em 1215 essas idéias, tão claras entre nós, eram inacessíveis às massas, e acrescenta:

“A Magna Carta esteve tão longe de ser um documento popular, que não foi traduzida para o inglês antes do século XVI.”

Há exagero nessa apreciação. É verdade que dos 67 artigos da *Magna Carta* somente 12 beneficiam diretamente o povo, mas é preciso convir que a iniciativa da rebelião partiu do clero e da nobreza e, naturalmente, para eles recairiam as premissas da conquista legal.

Não houve indiferença por parte da plebe à insubordinação histórica. A sisuda **Encyclopaedia Britânica** considera:

“Até mesmo os grandes historiadores do século passado escreveram sobre a Carta com mais entusiasmo que exatidão; os escritores modernos têm-se forçado para reduzir o fato às mais justas proposições e alguns têm ido demasiadamente longe em sua crítica demolidora, ao afirmar que a Carta foi traçada no interesse exclusivo dos barões, inserindo algumas cláusulas liberais simplesmente para atrair a boa vontade e apoio.”

Pesa e muito a opinião de A. CARLYLE:

“El primero de los principios, pues, del sistema político de la Edad Media era la supremacia del derecho; esto no era un principio abstracto, sino que encontró forma concreta en la regla medieval de que esa autoridad encarnaba en tribunales de justicia independientes del príncipe. Esto es lo que significa la famosa cláusula 39 de la Carta Magna de que ningún hombre libre pueda ser detenido o encarcelado, ni siquiera por el Rey, salvo por el juicio de sus pares e por la ley de la tierra, y hay que recordar que esta regla no era únicamente inglesa.”

Lendo alguns artigos da Magna Carta, podemos observar que atendem também ao interesse dos burgueses e servos:

“Art. 26 — De mesmo modo, um aldeão ou qualquer vassalo nosso não poderá ser condenado a pena pecuniária, senão debaixo de idênticas condições, quer dizer, que se não poderá privar dos instrumentos necessários ao seu trabalho. Não se imporá nenhuma multa se o débito não estiver comprovado com prévio julgamento de doze vizinhos honrados e cuja reputação seja notória.”

Num regime de confisco desabusado como na era medieval, não podemos deixar de reconhecer o alcance humano desse dispositivo, que era uma espécie de interdito proibitório tanto para os suseranos como para os **sheriffs**, em relação aos instrumentos de trabalho do artífice ou agricultor.

“Art. 29 — Nenhuma pessoa ou população poderá ser compelida, por meio de embargo de seus bens móveis, a construir pontes sobre os rios, a não ser que seja contraída previamente esta obrigação.”

“Art. 48 — Ninguém poderá ser preso, ou detido ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país.”

Este artigo poderia ser encaixado em qualquer legislação penal contemporânea.

“Art. 12 — Não lançaremos taxas ou tributos, sem o consentimento do conselho geral do reino (**commune concilium regni**), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mais uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres.”

Este é o artigo que impede ao rei de impor novos tributos sem a devida permissão do Conselho.

E um dos pontos que originou um dos direitos sagrados em todas as legislações do mundo civilizado é o **Habeas Corpus**, ou seja, o direito de ir e vir do cidadão, direito esse que foi desenvolvido no **Habeas Corpus Act** (1679).

Dentre as conseqüências da Magna Carta, podemos apontar a origem do Parlamento inglês, porque logo em seguida à assinatura da mesma foi instituído o Conselho dos Barões.

E no tempo de Henrique III (1216-1272), Simon de Montfort, conde Lancaster, atilado francês casado com uma irmã do rei, foi quem introduziu, em 1264, no Grande Conselho, dois cavaleiros de cada **shire** (departamento) e dois burgueses de cada cidade, embora com função informativa. Assim, ao lado dos Lordes, viam-se os comuns, que com o tempo passaram a reunir-se em separado e secretamente. Eis a origem das duas Câmaras do Parlamento inglês — Câmara dos Lordes, oriunda do Grande Conselho, e a Câmara dos Comuns, oriunda das reuniões secretas dos cavaleiros e burgueses.

O primeiro Parlamento se reuniu em Londres, em 1295, sob Eduardo I, discípulo de Simon de Montfort.

Liberalismo, propriedade e questão agrária

RONALDO POLETTI

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor da UnB. Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Justiça. Ex-Consultor-Geral da República. Assessor Especial do Ministro da Educação

O tema pode ser dividido em duas grandes partes: uma de preliminares genéricas e assistemáticas sobre a “propriedade”, especialmente sobre a evolução de seu conceito, postas à reflexão; outra, a respeito de como aquela evolução, ou o tratamento jurídico da propriedade, desaguou no direito agrário positivo.

Intenta-se, assim, suscitar uma colocação sobre a postura dos liberais diante daqueles temas. Para isso, será preciso visualizar o pensamento liberal em termos contemporâneos, na certeza de que o liberalismo não morreu, nem é um sistema acabado, mas, ao contrário, capaz de gerar idéias-forças, presentes e válidas na sociedade de nossos dias.

O tema da evolução do conceito de propriedade por si só enseja um sem-número de questões, para não falar das várias visualizações com que pode ser abordado. Inserido na questão agrária, o assunto da “propriedade” se torna mais complexo, pois justamente a “propriedade da terra” constitui objeto das maiores polêmicas.

Além disso, a propriedade suscita questões em diversos ramos do conhecimento humano, pelos quais é possível examiná-la ou estudá-la. Assim, no direito, onde há um desenvolvimento privatístico e uma colocação constitucional; na economia, como fator de produção, nas

mãos do Estado ou dos particulares; na política, como elemento de um regime político democrático liberal ou como fenômeno inviabilizador de uma igualdade necessária; na filosofia, objeto da indagação de ser a propriedade inerente ao homem, como expressão da pessoa humana ou de representar um acidente histórico na evolução social. E, assim por diante, na sociologia, na antropologia etc.

Em conseqüência, dadas as circunstâncias, tratar da propriedade sob o ângulo de toda a sua abrangência acarretará a não-observância de uma elementar regra metodológica, aplicável aos trabalhos acadêmicos de cunho monográfico, que consiste em restringir, o mais possível, o objeto do estudo. Mais do que isso. Será comprovar a frase — inobstante um pouco apressada e nada verdadeira — de WILL DURANT de que o filósofo conhece cada vez menos e menos do mais e mais, em contraposição ao homem de ciência, que conhece cada vez mais e mais do menos e menos.

De qualquer maneira, merecem colocadas algumas perguntas, lembrando a idéia de MALRAUX: as perguntas são mais importantes do que as respostas, não apenas porque fazê-las implica em situar o problema e com isso dar um grande passo para a sua compreensão e exame, como também porque as perguntas jamais causaram mal à humanidade, ao contrário de certas respostas. Aliás, a postura do liberalismo parece ser antes de tudo esta. Uma ausência de dogmas, de verdades revestidas de uma autoridade tal que impedisse a discussão ou a sua contestação. Um liberal não pode ser um dogmático. Ele defende princípios, dentre os quais o da tolerância em matéria política, religiosa e filosófica. De resto, a postura de um liberal, nesses assuntos, há de ser próxima da do filósofo, pois a filosofia não é a verdade, mas a sua busca incessante. Uma filosofia que haja encontrado a verdade já não será mais filosofia, nem justificará a sua própria denominação. Uma filosofia dogmática, no sentido a que estamos nos referindo, servirá, talvez, como instrumento de dominação, o *dies irae* da filosofia, não como caminho necessário a especulação dos temas referidos ao homem e ao seu destino.

O homem é livre, porque pensa livremente, não se prendendo a superstições ou a preconceitos. Por isso, o comportamento de um liberal perante a ciência há de ser sempre o de um crítico diante das respostas, o que corresponde à metodologia de KARL POPPER: estabelecida uma afirmação, devemos contrariá-la, opor-lhe resistência ao máximo, forma de verificar o valor de seu conteúdo.

A propriedade é um direito? Um direito natural? Qual o conteúdo do direito de propriedade? Há interesse em examinar-se o direito de propriedade do prisma do direito natural? A metafísica da propriedade? Enfrentar a temática da propriedade, debaixo do prisma do direito natural, envolve a dificuldade deste. O conceito de natureza tem variado historicamente. Já esteve fundado nas desigualdades naturais, na harmonia divina, na vontade religiosa, na razão, no consenso universal. Dependendo da concepção da natureza, variará o conteúdo do direito natural. Além disso, onde o liberalismo atuou, fundado na razão, foi na explicação do contrato social, hipótese racional e não fato histórico. Mais uma explicação acerca dos direitos do homem, do que propriamente uma verificação sociológica. No entanto, esse racionalismo iluminista, fonte do liberalismo, serviu para a revolução que se iniciou com a democratização da propriedade (voltaremos a este ponto). Interessará, ainda, discutir os fundamentos da propriedade (teorias da ocupação, do trabalho, da lei, da natureza humana)?

A propriedade privada dos bens de produção constitui estímulo para uma melhor produtividade? Ou este fator de produção estará melhor nas mãos do Estado? A estatização ou o planejamento total melhoram a distribuição dos bens?

A propriedade privada possibilita um maior e melhor desenvolvimento humano e social? Assegura a paz social e a segurança nas relações sociais, políticas e jurídicas? Quando a propriedade está definida, diminuem ou aumentam os conflitos?

Qual a relação entre a propriedade privada e a liberdade política? Gera a propriedade desigualdades irremovíveis? Inviabiliza ela a liberdade ou sem ela não é possível um regime livre? Qual a sua relação com a imprensa livre?

Qual o tratamento constitucional que a propriedade deve ter? E a questão agrária? Parece claro, neste ponto, ser a propriedade a pedra de toque dos regimes jurídicos e dos regimes políticos. É através de sua análise que se indica a tendência histórico-política de um povo. A disciplina da propriedade revela o conteúdo social do direito. Sua publicização e sua socialização. Exemplo interessante para uma análise, nesse sentido, é a economia soviética pós-revolucionária, com o ressurgimento do capitalismo e de uma nova burguesia (a NEP — Nova Economia Política, criada para possibilitar a salvação de uma economia totalmente destruída). Outro, reside em uma recente reforma constitucional soviética, que restabeleceu o direito de propriedade de bens

personais. É preciso, também, ter presente que propriedade privada não há de significar a propriedade individual, porém aquela que não for coletiva, nem estiver, com exclusividade, nas mãos do Estado. Propriedade privada também o é a das comunidades e a das empresas, cujo alto grau de participação societária no seu capital pode indicar uma democratização da propriedade.

Dentro desse quadro, a grande contribuição do liberalismo consiste não tanto na defesa da propriedade e do regime da livre iniciativa, nem na pregação do sistema de governo representativo nacional e parlamentar, mas em função da conjugação de ambos os aspectos do pensamento liberal (o político e o econômico). Não importa muito como o regime da propriedade é, ou deve ser, mas como ele se desenvolve dentro de padrões do Estado de direito. Parece desnecessário insistir no compromisso do liberalismo com a lei e com as outras manifestações do direito, revelado sempre pelas instituições políticas preexistentes e reguladas pelo próprio direito. Nunca é demais lembrar que o direito pré-ordena as situações sociais e lhes indica um procedimento de resolução dos conflitos, prevendo até a forma e o rito de sua própria transformação, i. é., o direito prevê as normas para a sua própria alteração. Ora, em um regime liberal, portanto presumidamente de cunho democrático, o poder é exercido pelo povo, através de seus representantes. A representação política é, mesmo, o nó górdio das questões políticas. Dela depende o sucesso, autenticidade e legitimidade de uma política democrática, liberal e, portanto, representativa. Logo, o povo pode alterar o regime da propriedade e dirigir-lhe o conteúdo, dê dentro das normas do Estado de direito. Convém lembrar o mandamento democrático da Constituição brasileira: todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. O problema reside em saber como o povo exercerá o seu poder, valendo a sentença de ALAIN: um tirano pode ser eleito pelo sufrágio universal e não será menos tirano por isso; a Igreja não seria menos aristocrática, se o Papa fosse eleito pelos fiéis; o que interessa não é tanto a origem dos poderes, mas a constante penetração da vontade dos governados na vontade e nas decisões dos governantes.

De igual maneira que o sistema liberal de representação política deve restar, sem trégua, debaixo de críticas, nada impede que o regime de propriedade seja alterado, junto daquele sistema representativo, obedecendo as normas jurídicas da revelação do direito.

Neste ponto, o do compromisso do liberalismo com o direito, é que interessa situar a evolução do conceito de propriedade.

Na verdade, não se trata de cuidar de como a propriedade vem sendo, ao longo da história, disciplinada pelas normas jurídicas ou conceituada pela doutrina. Este estudo caberia, por exemplo, no cotejo das concepções do direito romano e sua evolução com as da Idade Média e, afinal, a da Revolução, fundada em forte individualismo e acendrado jusnaturalismo.

Tais aspectos são importantes e sem eles não seria compreensível como a propriedade hoje se apresenta como fenômeno ou instituto jurídico e político-jurídico.

De fato, o campo do direito romano representa notável espaço para um estudo sobre a propriedade e a posse, com importantes repercussões no problema agrário. De igual maneira, será possível no direito romano verificar como a propriedade também passou por um processo de ampliação de seus sujeitos, que inicialmente eram apenas os Quirites (romanos) e depois se estenderam para os estrangeiros em geral. E embora os romanos não cuidassem das definições em direito (eram homens práticos) e aconselhassem “qualquer definição em direito é sempre perigosa” (a definição da propriedade somente apareceu muito tempo mais tarde, na Idade Média), o direito romano acabou por construir uma doutrina individualista e privatística do direito de propriedade, de caráter absoluto, em que os seus atributos não sofriam maiores restrições. Essas eram tão-somente as atinentes aos direitos dos outros proprietários. As limitações existiam, mas eram de cunho, digamos, privatístico. Essa concepção romanística e depois também germânica, fundada no individualismo, serviu para o direito revolucionário e para os demais direitos nacionais. Consagram-se os atributos de *utendi*, *fruenti* e *abutendi* e de reivindicar a coisa. Essa idéia está presente na Declaração dos Direitos da Revolução francesa: “o direito de gozar e dispor à sua vontade dos bens, lucros, fruto do seu trabalho e indústria”. Como também na grande obra jurídica da Revolução, que foi o Código Napoleão, chamado o Código da Propriedade (afinal, coroava a revolução da burguesia), apesar de haver cometido o erro de definir, traço de sua peculiaridade e de sua pretensão: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que delas se não faça um uso proibido pelas leis e regras”. Tais limitações objetivavam impedir que o domínio de um proprietário criasse obstáculo ao domínio de outro proprietário. Repetia-se, assim, a idéia romana de que o direito de propriedade estava sob as limitações do direito e da razão. Essa também é a concepção de nosso Código Civil, embora mais sábio e mais romanístico-germânico, pois

evitou a definição perigosa, preferindo cuidar dos atributos da propriedade e não do seu conceito, com o que se perenizou, ao contrário do francês, ultrapassado, neste ponto, pelos fatos, pois sabemos hoje que o direito de propriedade não é absoluto, nem inviolável.

Uma conclusão apressada poderia atribuir ao liberalismo, cuja culminância política se deu na Revolução francesa, a responsabilidade de haver dado ao mundo, nessa parte, apenas uma concepção burguesa e individualista da propriedade. No entanto, o que o pensamento liberal legou ao mundo, especialmente ao Ocidente Cultural, foi a idéia de limitar o Poder, de restringir ao máximo os poderes do governo e dando a maior liberdade ao indivíduo. O mínimo de poder governamental, com o máximo de liberdade individual. Para esse fim caminham juntos o liberalismo político (a separação de poderes, a federação, a declaração de direitos, o sistema representativo e as garantias individuais) e o liberalismo econômico (a propriedade privada, a economia de mercado, a livre iniciativa).

Na última parte, releva a democratização da propriedade, processo que se iniciou na Revolução, apesar de sua forma de inspiração individualista, jusnaturalista e burguesa, na medida em que o novo regime pôs um ponto final na estrutura da propriedade feudal, em que a terra, fundamento do poder e da autoridade, pertencia ao senhor que a concedia a seus vassallos em troca de obrigações financeiras e militares. Esses vassallos, por sua vez, a concediam a seus súditos, em troca de iguais vínculos. Enfim, a propriedade se desintegrava em domínio direto ou eminente do senhor e em domínio útil dos vassallos. Com a Revolução francesa, a propriedade volta à sua unidade, os poderes do proprietário são amplos e a intervenção do Estado só ocorre em caráter excepcional.

Nesse sentido a Revolução desencadeou um processo de democratização da propriedade, estendendo-a potencialmente a todos do povo e não somente aos membros da nobreza. É certo, porém, que essa democratização da propriedade depende em grande parte do bom funcionamento das instituições políticas; mas, sem conceber originalmente a propriedade como um direito individual, absoluto e inviolável, não seria possível discutirmos hoje nem a extensão da propriedade a todos, nem a sua função social, sinal que a distingue nas democracias capitalistas contemporâneas, preocupadas com o conteúdo social dos regimes políticos.

Para compreender-se como a evolução do conceito de propriedade desaguou em nosso direito agrário, é mister partir dos princípios cons-

titucionais consagradores da função social da propriedade e de outros, de inspiração liberal, com implicação na questão agrária.

Tais princípios revelam valores informadores do texto de nossa Lei Maior. Têm eles certa perenidade e permanência em nossas Cartas Constitucionais, não representando nota característica desta ou daquela Constituição, nem das passadas, nem das futuras. São uma certa permanência em nossas Leis Maiores.

Em primeiro lugar, destaque-se uma idéia liberal: o regime democrático representativo, já referido, e que tem como consequência a solução da questão agrária dentro dos quadros constitucionais, ainda que insuficientes ou defeituosos, uma vez serem eles necessários para a segurança e paz sociais.

Dentro dessas categorias constitucionais releva o princípio da legalidade, erigido em garantia e direito das pessoas: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Fora da lei, não pode haver solução para a questão agrária, mas apenas revolução, que é a ruptura da ordem jurídica.

Embora curial, tem cabimento lembrar que vivemos em uma República Federativa. Logo, a par da prevalência do interesse público sobre o dos particulares, a Federação acarreta a repartição das competências e das responsabilidades na condução do destino nacional, incluindo a questão da terra. Corolário disso está em que o problema agrário não é assunto exclusivamente federal, mas também dos Estados-Membros.

As nossas Constituições, como a atual, desde a Carta de 34, influenciada pela Constituição de Weimar de 1919 e por outros modelos europeus, têm adotado um liberalismo econômico temperado pelo modelo da social-democracia. O Estado já não tem por finalidade exclusiva a de produzir a ordem jurídica. O Estado não intervencionista, do “deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si só”, é substituído por um Estado cada vez mais presente, às vezes de forma exagerada, na vida social. Consagra-se a frase de LACORDAIRE: “entre o rico e o pobre, o forte e o fraco, o patrão e o operário, é a liberdade que escraviza e é o direito que liberta”. Dessa maneira, a Constituição consagra o direito de propriedade, porém o condiciona à sua função social e à valorização do trabalho como condição da dignidade humana; possibilita a desapropriação por interesse público e por interesse social, sendo que no caso de imóvel rural improdutivo, em área incluída em zona prioritária de reforma agrária, mediante títulos especiais da dívida pública; garante a aquisição de imóvel rural, por pessoas brasi-

leiras e estrangeiras, mas comete à lei estabelecer condições, restrições, limitações e demais exigências, para a defesa da integridade do território, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade; atribui à empresa privada a competência preferencial, com o apoio do Estado, para organizar e explorar as atividades econômicas, mas possibilita a intervenção estatal de natureza suplementar; possibilita a intervenção no domínio econômico e o regime de monopólio, quando indispensável por motivo de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

Todo esse quadro de valores constitucionais repercute no direito agrário, a partir mesmo do tratamento que esse recebe na própria Constituição.

Antes de tudo, o princípio das terras devolutas. Elas, com a proclamação da República, passaram, em grande parte, para os Estados-Membros. Com a tendência centralizadora e de fortalecimento da União, foram, nas sucessivas alterações constitucionais, sendo colocadas dentre os bens da União: "incluem-se entre os bens da União a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais". O cotejo desse mandamento, com outros igualmente presentes no texto da Lei Maior, leva à conclusão de que se devam preferencialmente utilizar, na reforma agrária, quanto à melhor distribuição de terras, aquelas públicas decorrentes das discriminatórias, que separem, nas devolutas, o domínio público do particular. Serve, para isso, inferir o disposto de que a lei tratará das condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas, por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família; bem como a regra de que não se fará alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares, salvo para execução de reforma agrária.

O princípio da função social da propriedade, em especial da propriedade rural, também está presente no Imposto Territorial Rural, cujo fim deve obedecer à regra de onerar mais a propriedade improdutiva do que a produtiva, sendo a base do cálculo do imposto o valor fundiário da propriedade.

Reza, ainda, a Lei Maior que o mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo; e prende-se ao campo agrário ao tratar da educação, na medida em que as empresas agrícolas são obrigadas a manter o ensino primário gratuito de seus

empregados e o ensino dos filhos destes, entre os sete e os quatorze anos, ou a concorrer para aquele fim, mediante a contribuição do salário-educação, na forma que a lei estabelecer; e ao dispor que compete à União legislar, também, sobre florestas, caça e pesca.

Finalmente, a Constituição cuidou das terras ocupadas pelos silvícolas, as quais se incluem entre os bens da União e são inalienáveis nos termos da lei. Os silvícolas têm a posse permanente de tais terras e o direito ao usufruto exclusivo de suas riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Acrescente-se que, no direito agrário, avulta ou se exacerba o princípio da função social da propriedade.

De fato, o Estatuto da Terra absorveu a idéia-força da função social da propriedade nos seus aspectos subjetivo e objetivo, repisando, aliás, em seu início, a submissão da propriedade a essa função e realçando os conceitos de justiça social e produtividade.

Quanto ao primeiro desses aspectos, relativo ao conteúdo do direito de propriedade, acrescentando-lhe o dever de cultivo eficiente, o Estatuto da Terra, p. ex., ressaltou que a terra descumpra sua função social quando não mantidos “níveis satisfatórios de produtividade”; realçou o cultivo eficiente, direto e pessoal no conceito de propriedade familiar; conceituou como latifúndio imóveis rurais, de área igual ou superior ao módulo e não excedente de seiscentos destes, se inexplorados, ou com exploração deficiente, ou inadequada, ao mesmo tempo recomendando a extinção gradual dos latifúndios; definiu minifúndio como o imóvel rural de área inferior àquela dada como mínima à exploração familiar social e economicamente recomendável, cuidando da extinção dos minifúndios; penalizou, vedando-lhes a “obtenção de financiamentos, empréstimos e outras facilidades financeiras”, os proprietários de imóveis rurais classificados como latifúndio; elencou entre os motivos justificadores da desapropriação por interesse social o de “obrigar a exploração racional da terra”, proibindo, em contrapartida, sejam expropriados por interesse social os imóveis rurais racional e economicamente explorados, classificáveis como “empresa rural” ou em vias de obterem tal classificação; instituiu o usucapião **pro labore**, apenando, mais uma vez, o proprietário omissor. Essas disposições, como outras, evidenciam haver o Estatuto da Terra absorvido o sentido subjetivo da função social da propriedade, aliás espelhado, de início, no conceito de Reforma Agrária, visto no primeiro de seus artigos.

No tocante ao aspecto objetivo da função social da propriedade, relacionado à distribuição da terra, à promoção do acesso à terra, à ordenação do território, conservando-se e preservando-se os recursos naturais, o Estatuto da Terra trata, p. ex., do acesso à propriedade da terra, atribuindo ao Poder Público sua promoção; da distribuição de terras, sujeitando-a, quando emanadas de expropriação, a critérios específicos, seja quanto à destinação das glebas, seja quanto a quem se possa beneficiar de sua distribuição; da própria desapropriação por interesse social, arrolando entre seus fins o de promover “a justa e adequada distribuição da propriedade”, e afirmando dela serão objeto, nas áreas críticas, os “minifúndios e latifúndios”, as terras com “elevada incidência de arrendatários, parceiros e posseiros”, como os imóveis cujos proprietários “desenvolverem atividades predatórias, recusando-se a pôr em prática normas de conservação dos recursos naturais”.

Atendendo, ainda, à função social da empresa agrária (como unidade produtiva cujos riscos e gestão podem estar a cargo de proprietário da terra, ou de arrendatário, usufrutuário ou possuidor), o Estatuto ateve-se à imperiosidade de nela se observarem “as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que . . . **possuem** e . . . **cultivam**”, e ao dever do Estado de promover “a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo”, bem como ordenou ao Poder Público facilitar e prestigiar a criação e expansão de empresas rurais (acolhendo, no particular, o conceito clássico de empresa), promovendo a organização delas em “companhias que objetivem a democratização do capital”, democratização também a ser estabelecida impositivamente pelo Estado às cooperativas e sociedades abertas proprietárias de terras rurais em condomínio.

Além dessa repercussão, no ordenamento jurídico ordinário, dos princípios constitucionais, outros são próprios do Estatuto da Terra e nele foram desdobrados.

É o caso da posição preeminente do princípio da justa e adequada distribuição da propriedade. Isso facilmente se verifica na conceituação de Reforma Agrária vista no Estatuto da Terra, em que revelam o objetivo de “promover a melhor distribuição da terra” e os fins de produtividade e justiça social; no asseguramento, a todos, da “oportunidade de acesso à propriedade da terra”; na ordem de que sejam despublicizadas as áreas rurais; no conceito de latifúndio por extensão e nas restrições impostas aos seus proprietários; na disciplina da desa-

propriação por interesse social, entre os seus fins exatamente “promover a justa e adequada distribuição da propriedade”, e em meio a seus objetos principais os “latifúndios” e “as áreas que apresentem elevada incidência de arrendatários, parceiros e posseiros”, bem como nos critérios de distribuição das terras incorporadas ao patrimônio do INCRA mediante expropriações; nas preocupações presentes na execução da Reforma Agrária; na disciplina da colonização; na indivisibilidade do imóvel rural abaixo de certo limite; no conferimento, ao arrendatário, do direito de preempção; na legitimação de posse sobre terra pública; no usucapião **pro labore** sobre terra pública, ou particular, e em outros pontos. Embora atingido o Estatuto da Terra, em seus dois últimos aspectos em realce, pela *Emenda Constitucional* nº 1, de 1969, a legitimação de posse persistiu em nosso sistema jurídico, e o usucapião **pro labore** recebeu novos contornos na recente *Lei* nº 6.969, de 1981.

Em corolário da notável absorção do princípio da justa e adequada distribuição da propriedade pela nossa legislação, nesta se fizeram notar, consoante se realçou, como pressupostos, também, do direito agrário, os da *despublicização das terras rurais, do especial rigor às grandes propriedades, de coincidência exploração-propriedade, da indivisibilidade do imóvel rural abaixo de certos limites, da valorização do trabalho humano e do estímulo e proteção à propriedade familiar rentável.*

Este último merece destaque. Adotada pelo País, em 1964, a idéia de se realizar Reforma Agrária, surgiu, no Estatuto da Terra, o conceito de propriedade familiar (o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiro). Na verdade, esse conceito é de **propriedade familiar rentável**, e a referência a agricultor indica realce à qualidade de profissional da agricultura.

A proteção e o estímulo à propriedade familiar rentável emerge a cada passo do Estatuto da Terra, destacadamente quanto à distribuição de terras e à colonização; também fácil é inferi-las de outros diplomas agrários.

Anote-se que a propriedade familiar não foi acolhida, no Brasil, simplesmente a proporcionar, ao rurícola e seus familiares, apenas um

meio de subsistência, mas como ensejadora de seu “progresso social e econômico”, como unidade produtiva capaz de propiciar o surgimento de classe média agrícola dotada de formação técnico-profissional. E que, a seu lado, surgiu realçada a profissionalização do homem do campo.

Diante desse quadro institucional e jurídico, poder-se-ia retrucar que, então, nada há a fazer, pois se tudo já está na Constituição e nas leis...

Há, no entanto, o respeito à lei, o seu cumprimento, o zelo pelo livre e bom funcionamento das instituições. O pensamento liberal tem, assim, um grave compromisso com o direito, cuja avaliação não prescinde de sua aplicação concreta. Somente a partir da aplicação das normas jurídicas, é que podemos afirmá-las boas ou más, merecedoras, ou não, de modificação. Inconcebível para um liberal afastar-se da lei, ou da lei a fazer-se, para descambar no fato extralegal ou revolucionário oposto à ordem jurídica.

Por outro lado, as leis, no Brasil, parecem suficientes. Temos leis em número maior, e mais extensas, do que o necessário. Nossas crises não são motivadas pelos diplomas legais, mas no seu desprezo, no seu descumprimento, na sua violação.

Não será por falta de leis que o problema da propriedade da terra deixará de ser resolvido.

Aliás, no Brasil, nos atemoriza um dito de TACITO: quanto mais corrupta a república, maior o número de leis.

O liberal, todavia, há de superar o enigma de DANTE: “As leis existem, mas quem as proverá?”

Enfim, uma coisa é certa, o liberalismo não aceita a concepção de PROUDHON de que a propriedade é um roubo. Isto seria, também, recair em uma análise metafísica. Nem admite a sentença de MARX de que soou a hora final da propriedade privada capitalista. Ao contrário, o pensamento liberal vê a propriedade como um bem necessário à contenção dos poderes do Governo do Estado, de modo a possibilitar um regime de liberdade individual. Afinal, a propriedade é importante para todos, não somente para os proprietários. Por isso, convém estimular a democratização da propriedade, não a sua extinção, de maneira a torná-la instrumento da dignidade e da felicidade do homem.

A ordem econômica nas Constituições da República

MIRCEA BUESCU

Professor da PUC-RJ. Do Instituto
Histórico e Geográfico Brasileiro

SUMÁRIO

- 1 — *Processo econômico e infra-estrutura jurídica*
- 2 — *Papel do Estado*
- 3 — *A norma constitucional na economia*
- 4 — *O liberalismo econômico e a Constituição de 1891*
- 5 — *Novas tendências após a Grande Depressão*
- 6 — *As preocupações sociais e a Constituição de 1934*
- 7 — *A marcha para a economia mista e a Constituição de 1937*
- 8 — *A busca de um novo equilíbrio na Constituição de 1946*
- 9 — *Liberdade e intervencionismo na Constituição de 1967*

1. A procura da realização de seus valores — ideais transcendentais nunca alcançáveis que motivam as ações conscientes do homem —, as sociedades formulam normas tendentes a atingir, embora de forma relativa, precária e mutante, o ideal de justiça, o equilíbrio entre os direitos e as obrigações de seus membros. Passando do campo da ética sem sanção material para o do direito que implica sanção e coerção, o corpo social estabelece, primeiro por tradição, depois em forma escrita, as regras de comportamento jurídico.

Obviamente, essa regulamentação tem profundas implicações no processo econômico, determinado por outro valor, mas tendo como infra-estrutura um quadro de relações jurídicas, de direitos e obrigações.

2. A realização dos objetivos econômicos exige o bom funcionamento, isto é, conforme os interesses da comunidade, das ligações direitos/obri-

gações dos agentes econômicos. O corpo social, organizado em Estado, estabelece normas e sanções graças às quais o processo econômico pode desenrolar-se. Os casos históricos de anarquia generalizada, como desde a decadência do Império Romano até a normalização no fim da Alta Idade Média, demonstram os efeitos econômicos negativos da deterioração ou do colapso da infra-estrutura jurídica. A mobilização dos fatores de produção, a sua remuneração, as relações produção/consumo, a distribuição da renda e, assim, todos os mecanismos econômicos, mesmo os mais insignificantes, necessários para o funcionamento do processo global, exigem a determinação de normas e sanções, definindo e impondo a rede de direitos e obrigações que formam a trama indispensável ao processo. Como se pronunciou um qualificado estudioso do problema, "em todos os tempos... a atividade econômica não pôde desenvolver-se... senão nos quadros jurídicos construídos pelo Estado"⁽¹⁾. E, mais adiante: "Como legislador, o Estado constrói os quadros legais que fornecem aos quadros contratuais da atividade privada seu indispensável respaldo"⁽²⁾ e, ainda: "É o Estado legislador que confere à organização da atividade econômica seus caracteres fundamentais e que, com proveito ou não, pode modificá-los profundamente"⁽³⁾.

A definição do quadro jurídico pode ser efetivada por diversos atos do Poder Público, de acordo com a organização política que lhe confere força e legitimidade. Pode ser, com os riscos possíveis, através de ato arbitrário ou regulamentado do soberano ou do corpo dirigente (areópago ateniense, senado romano), através de atos administrativos segundo as competências autorizadas ou através do mecanismo legislativo, chegando até formulações de maior alcance e peso em forma de leis básicas ou constituições. Até certo ponto, assim foram o Código de Hamurabi na Mesopotâmia uns 4.000 anos atrás ou, ainda mais, a Lei das XII Tábuas em Roma, uns 450 anos antes de nossa era.

A regulamentação pode ser de caráter geral ou visar especificamente a atividade econômica. A obra de Hamurabi já continha disposições normativas de comércio, contratos, juros etc. Assim também a Lei das XII Tábuas, embora de forma mais sucinta. Com o desenvolvimento das economias, com a complexidade crescente das atividades econômicas, tornou-se imprescindível uma regulamentação específica, mais detalhada, dessas atividades. Essa necessidade evoluiu paralelamente a uma concepção intervencionista do poder público, a qual se acentuou em tempos mais recentes.

Durante a expansão do mercantilismo, nos séculos XVI-XVII, a atividade econômica do Estado foi muito intensa — afinal, o mercantilismo

(1) BROCARD, Lucien. *Les Conditions Générales de l'Activité Économique*. Paris, Sirey, 1934, p. 261.

(2) *Ibidem*. As expressões "quadros contratuais" e "atividades privadas" devem ser entendidas num sentido amplo, abrangendo inclusive economias planificadas não baseadas na propriedade privada.

(3) *Ibidem*, p. 265.

caracteriza-se, em primeiro lugar, por um intervencionismo que coloca a riqueza do Estado acima do bem-estar dos indivíduos. Mas mesmo após a rejeição do mercantilismo e o triunfo do esquema liberal, a atuação do Estado no campo econômico não desapareceu. Como escreve LOUIS POMMERY, “mesmo nas épocas em que florescia o liberalismo mais amplo, o Estado jamais deixou de estabelecer uma multidão de leis, nenhuma das quais era sem repercussão sobre a atividade econômica”⁽⁴⁾. Com o tempo, independentemente da concepção liberal ou estatizante, tornou-se evidente a necessidade de entrar nos pormenores da regulamentação jurídica das atividades econômicas: comércio exterior, organização bancária, crédito público etc. ⁽⁵⁾.

Vale sublinhar que essa regulamentação não implica necessariamente a intervenção pública no próprio processo econômico: ela constitui um quadro indispensável para o exercício da liberdade econômica. O quadro normativo cresceu à medida que se multiplicavam, especializavam e sofisticavam as atividades econômicas. Diz CHARLES BEARD: “Em nossa época de máquinas, com todos os ramos de indústria e da agricultura interligados numa economia nacional, os governos... assumiram diversas obrigações afetando indústria, emprego e modos de vida” ⁽⁶⁾.

De fato, não se deve esquecer que o Estado, com vistas ao cumprimento de seus objetivos, interfere de forma inevitável no processo econômico. Mesmo reduzindo ao mínimo sua atuação econômica, como aconteceu em tempos mais remotos sob a égide do liberalismo, o Estado forçosamente intervém pelo simples fato de retirar, via impostos, taxas e semelhantes, uma parte da renda nacional a fim de financiar sua ação ⁽⁷⁾. Essa intervenção pode ser identificada já a partir da formação do Poder Público: a história antiga fornece exemplos generalizados, desde o sistema tributário do Egito até a organização fiscal do Império Romano ⁽⁸⁾. Mesmo formações políticas de reduzida dimensão, como os feudos medievais, exerciam essa função através de corvéias, capitação, pedágios etc.

Por outro lado, “desde o fim do século XIX, as funções econômicas do Estado não cessaram de expandir-se e os serviços públicos de desenvolver-se” ⁽⁹⁾, de modo que aumentou a necessidade da regulamentação

(4) POMMERY, Louis. *Aperçu d'Histoire Économique Contemporaine 1890-1939*. Paris, Médicis, 1945, p. 60.

(5) V. por exemplo: BARRE, Raymond. *Manual de Economia Política*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1964, vol. I, p. 133.

(6) BEARD, Charles A. *American Government and Politics*. New York, Macmillan, 1944, p. 4.

(7) BARRE, *op. cit.*, p. 132.

(8) V. entre outros: BARNES, Harry Elmer. *Historia de la Economía del Mundo Occidental*. México, UTEHA, 1955.

(9) BROCARD, *op. cit.*, p. 262.

para definir melhor os campos de atividade dos dois setores, público e privado, embora ambos funcionem em conjunto, inseparavelmente ⁽¹⁰⁾.

3. De acordo com a importância das disposições normativas visando o processo econômico, elas podem ser integradas em diplomas de vários níveis, desde instruções ou portarias até leis, decretos ou decretos-leis. Mas pode surgir o interesse ou mesmo a necessidade de conferir maior ênfase e força a certos preceitos básicos incluindo-os na Carta Magna do Estado, a Constituição.

Em geral — e isso é válido sobretudo para as Constituições mais antigas —, elas tratam, em primeiro lugar, das relações de poder, dentro do próprio setor público ou entre este setor e os componentes da comunidade. Mas nada impede que elas abordem aspectos econômicos, na medida em que estes são considerados essenciais à boa organização da nação, visto que “a Constituição de um Estado é o conjunto de regras relativas ao governo e à vida da comunidade estatal, consideradas desde o ponto de vista da existência fundamental desta”, segundo se pronunciou o grande constitucionalista francês MAURICE HAURIOU ⁽¹¹⁾.

A preocupação principal das Constituições modernas foi, ainda, sem dúvida, de caráter político — o exercício do poder político e a garantia dos direitos individuais —, mas entre estes entravam direitos de caráter econômico. Assim, um documento pioneiro como a Magna Carta inglesa, de 1215, abordava o problema da garantia do direito de propriedade fundiária, de relevante importância naquele tempo. Da mesma forma, a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, apesar do liberalismo crescente, se preocupou com problemas econômicos, objetivando a “oferecer proteção ao comércio e à indústria americanos” ⁽¹²⁾. A importância da regulamentação econômica, já naquele diploma legal, justificou um estudioso a afirmar que, “num sentido, a Constituição é ela mesma um documento econômico; certamente, eliminando a economia, ela ficaria uma sombra” ⁽¹³⁾.

Num liberalismo econômico absoluto — que aliás nunca existiu —, a norma constitucional poderia limitar-se a determinar o mecanismo legal da criação do quadro jurídico, ficando o simples jogo das atividades indi-

(10) BEARD, *op. cit.*, p. 340: “É impossível traçar uma linha nítida, na prática, entre o governo, de um lado, e atividades e instituições econômicas privadas, do outro”. E mais adiante: “Entre as funções anexas do Governo, isto é, funções necessárias para sustentar todos os ramos do Governo, é a de providenciar dinheiro pela colocação de taxas e realização de apropriações... O seu exercício envolve cada fase da agricultura, indústria e comércio, e afeta profundamente a distribuição da riqueza na sociedade”. (*Ibidem*, p. 258).

(11) Apud FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1971, vol. I, p. 68. O autor cita, ainda, definições de R. SMEND, W. JELLINEK, F. STIER-SOMLO, PEDRO CALMON, SAMPAIO DÓRIA, DARCY AZAMBUJA etc., que não mudam essencialmente a definição adotada.

(12) BEARD, *op. cit.*, p. 401.

(13) *Ibidem*, p. 341.

viduais encarregado de estabelecer, em cada caso, o *modus operandi*, embora, mesmo nesta hipótese irrealista, fosse necessária a ratificação ulterior pelo Poder Público. Nisso não há nenhuma contradição com o preceito liberal, pois, como observou VON MISES, “a intervenção que tem como objetivo manter e garantir a propriedade privada não é um verdadeiro intervencionismo” (14).

De fato, como já dissemos, a liberdade integral nunca se verificou, mesmo na época áurea do liberalismo econômico, e a evolução deu-se no sentido de uma imissão maior do Estado na economia, portanto uma regulamentação mais ampla e mais profunda, inclusive em nível constitucional, do processo econômico. “Longe de estar triunfando por volta da década de 1850”, escreve PHYLLIS DEANE, “o movimento do *laissez-faire* tinha sido finalmente superado pelas novas técnicas de controle governamental da economia que tinham sua própria tendência imanente de se desenvolver, crescer e multiplicar” (15).

A evolução ulterior seguiu justamente nesse sentido. “Desde a segunda metade do século XIX, o capitalismo orientou sua política econômica rumo a um estatismo cada vez mais acentuado” (16). A tendência para um sistema de economia mista aprofundou-se ao longo do século, mas a primeira Constituição do Brasil republicano, em fins do século, foi ainda criada num ambiente político-econômico de um liberalismo bastante ortodoxo.

4. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (ligeiramente alterada pelas emendas de 7 de setembro de 1926) reflete a filosofia liberal reinante, pouco manifestando das tendências intervencionistas que haviam surgido no mundo ocidental.

Uma vez que o processo econômico, de acordo com o modelo liberal, devia desenrolar-se por seu dinamismo próprio, sem intervenção do poder público, a lei tinha a função de garantir essa liberdade do mercado, estabelecendo apenas os quadros jurídicos dentro dos quais ele devia funcionar. Isso exigia medidas normativas para fixar competências e áreas de ação em todos os setores da economia nacional, mas evidentemente permitia, de modo mais ou menos explícito, a intervenção estatal no próprio processo econômico.

No nível mais alto, a Constituição definia a competência do Poder Público, sobretudo no que diz respeito ao poder legislativo como formu-

(14) Apud LAUFENBURGER, Henry. *L'Intervention de l'État en Matière Économique*. Paris, Librairie Générale, 1939, p. 10.

(15) DEANE, Phyllis. *A Revolução Industrial*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 250. A observação vale também para o início do século XIX ou mesmo para fins do século XVIII: “Um dos mitos que surgiu a respeito da revolução industrial na Inglaterra é que ela aconteceu na ausência e não com a presença da intervenção econômica e que o papel do Governo no processo foi omitir-se tão rapidamente quanto possível” (*ibidem*, p. 231).

(16) BROCARD, *op. cit.*, p. 378. E mais adiante: “Desde o fim do século XIX as funções econômicas do Estado não cessaram de expandir-se e os serviços públicos de desenvolver-se”.

lador soberano das normas. Por outro lado, havia a preocupação constante de delimitar as competências nos níveis administrativos — União e Estados — principalmente nos arts. 5º (autonomia financeira dos Estados), 7º (competência da União), 9º (competência dos Estados), 10 (limites de tributação Estados/União) e 13 (direito de legislar em matéria de ferrovias e navegação).

Dentro desse espírito, a Constituição determinava, em primeiro lugar, no art. 34, a competência normativa do Congresso Nacional, a qual abrangia os seguintes aspectos econômicos: “1) orçar a receita, fixar a despesa federal anualmente e tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro; 2) autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos e a fazer outras operações de crédito; 3) legislar sobre a dívida pública e estabelecer os meios para seu pagamento; 4) regular a arrecadação e a distribuição das rendas federais; 5) regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar ou suprimir entrepostos; 6) legislar sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado ou se estendam a territórios estrangeiros; (...) 8) criar bancos de emissão; (...) 14) conceder subsídios aos Estados; (...) 15) legislar sobre o serviço de correios e telégrafos federais; (...) 25) criar e suprimir empregos públicos federais, fixar-lhes as atribuições e estipular-lhes os vencimentos; (...) 29) legislar sobre terras e minas de propriedade da União; (...)” Em 1926 foi acrescentada a alínea 28 que incluía o direito de legislar sobre o trabalho — indicação do aparecimento das preocupações com os problemas sociais (17).

A ação normativa era mais ampla e profunda com respeito ao próprio Poder Público, por um lado, como garantia dos direitos individuais, por outro, a fim de evitar conflitos de competência entre a União e os Estados, ou seja, como garantia dos direitos federativos. Tal como a Constituição do Império, estabelecem-se regras orçamentárias formais, área de tributação — para a União (art. 7º) e para os Estados (art. 9º). De fato, o direito de criar fontes de receita era ilimitado (art. 12), contanto que não fira os direitos constitucionais dos indivíduos ou das unidades administrativas. De forma geral, o art. 72, al. 19, rezava que nenhum imposto podia ser cobrado senão em virtude de lei.

Um interesse especial ficou reservado ao direito de propriedade, como um dos direitos individuais fundamentais e como peça essencial do liberalismo econômico. O problema da propriedade privada, da sua garantia e da desapropriação é abordado pelo art. 72 nos seguintes termos: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a

(17) Essas novas preocupações, embora tímidas, permitiram afirmar-se, um tanto exageradamente, que a reforma constitucional de 1926 “deu ao Governo da União a competência para regular o comércio em ocasiões graves, que reclamem uma atitude de defesa econômica ou de prevenção contra as anormalidades da circulação” (PEDRO CALMON — apud FERREIRA, *op. cit.*, vol. I, p. 111). De fato, essas tendências apenas esboçadas iriam desenvolver-se mais tarde, após a Grande Depressão, nas Constituições de 1934 e 1937, como veremos mais adiante.

inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: ... 17) O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei, a bem da exploração deste ramo de indústria... Nada, por enquanto, do conceito "social" da propriedade privada, que aparecerá mais tarde.

Vale observar que, de maneira mais ou menos explícita, o interesse dirige-se à propriedade fundiária — e, em geral, este "fetichismo imobiliário" parece subsistir até hoje em dia⁽¹⁸⁾. Aliás, uma atenção especial foi dada à propriedade do subsolo. Já o art. 64 dera uma extensão maior aos direitos do Poder Público, delimitados entre a União e os Estados, ao decretar que "pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais".

As disposições referentes ao subsolo assumiram um cunho de nacionalismo econômico na Emenda Constitucional de 1926, ao determinar no art 72 — 17 — b) que "as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros". Aliás, se nesse caso a medida se justificava pela segurança nacional, havia outra medida nacionalista que iria perdurar — a que reservava a cabotagem aos navios nacionais (art. 13).

Todas as normas citadas se enquadram numa concepção liberal, em que a Constituição fixa os mecanismos do Poder Público no campo econômico (competência das unidades administrativas, organização das finanças públicas) e as garantias dos direitos individuais (mais especificamente, o direito de propriedade), sem que o Estado atue, de outra forma, no processo econômico.

Entretanto, uma disposição anuncia, embora de modo muito discreto, uma certa predisposição para o intervencionismo econômico, ainda dentro da preocupação principal de evitar os conflitos de competência. Diz o art. 35, al. 2, que compete à União "animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e o comércio, sem privilégios que tolham a ação dos governos locais". Essa "animação" irá acentuar-se nos diplomas constitucionais subsequentes, traduzindo a tendência crescente do capitalismo para um sistema de economia mista.

5. Ao longo do século XIX, sobretudo a partir das críticas feitas à doutrina liberal pela Escola Histórica (ROSCHEK, HILDEBRAND, LIST), pelo

(18) Incidentalmente, pode-se estranhar que a desapropriação imobiliária fique sujeita a forte controle oficial, até legislativo, enquanto o patrimônio mobiliário pode ser facilmente atacado através de simples atos administrativos, como, por exemplo, alteração da cota de contribuição do café, mudança da taxa de câmbio, fixação da correção monetária etc.

socialismo romântico (SISMONDI, SAINT-SIMON, PROUDHON) e pelo socialismo chamado científico (MARX, ENGELS), a política econômica ocidental incluiu doses maiores de intervenção do Estado não apenas para determinar os quadros institucionais (moeda, crédito, finanças públicas, comércio exterior etc.), mas também para alterar os mecanismos do mercado, por exemplo, no regime do trabalho — duração e condições do trabalho proteção da mulher e da criança etc. Poderia acrescentar-se as normas ligadas à função social da propriedade privada ou ao abuso do poder econômico, mas algumas destas normas poderiam ser identificadas muito antes, às vezes desde o direito romano (19).

A Constituição de 1891, como vimos, manteve-se numa posição liberal, de pouca imissão do Poder Público no processo econômico. Havia, na época, defensores de um liberalismo mais amplo, como JOAQUIM MURTIÑO, que, num discurso no Senado, em 1896, assim pleiteava maiores garantias para as liberdades individuais, sem referir-se, contudo, especificamente, ao campo econômico: “A Constituição... firmou de modo claro e positivo as relações entre o povo e os Poderes Públicos, definindo a ação da máquina governamental nas diversas zonas da esfera individual... Quase nada temos conseguido para o estabelecimento da liberdade nas relações entre o Governo e a sociedade... Alargar a esfera da liberdade e a atividade individual sem outros limites, que não sejam os limites recíprocos, e como conseqüência reduzir a esfera governamental ao mínimo indispensável para realizar as funções próprias do Governo, eis o que é preciso fazer para ter a substância da República, de que temos apenas a forma” (20).

No mesmo sentido se pronunciava AMÉRICO WERNECK, em 1892, propondo “diminuir as despesas do Estado... levantar a indústria sem auxílio direto do Tesouro” (21). Muitos outros, contudo, defendiam ou mesmo faziam a apologia do intervencionismo estatal, como, no mesmo ano de 1892, AMARO CAVALCANTI e ANTÔNIO FELÍCIO DOS SANTOS (22). SENZEDELO CORREIA, por sua vez, tinha idéias parecidas, tingidas de nacionalismo econômico, quando justificava a intervenção estatal nas minas dentro do conceito de “limitação da propriedade a bem da explora-

(19) Intervenções de caráter humanitário seriam detectadas desde o século XVIII (conf. BARNES, *op. cit.*, pp. 504-509). Quanto às intervenções no campo do trabalho, apareceram desde o início do século XIX (*ibidem*, p. 493). Sobre as críticas ao liberalismo e as idéias de intervenção estatal desde a Antigüidade até os tempos recentes, v. entre outros: McCONNELL, John W. *The Basic Teachings of the Great Economists*. New York, New Home Libr., 1943, p. 308.

(20) *Idéias Econômicas de Joaquim Murтинho* — org. N. V. Luz. Brasília/Rio de Janeiro, Senado Federal/Casa Rui Barbosa, 1980, p. 127.

(21) Apud CARONE, Edgard. *O Pensamento Industrial no Brasil (1880-1945)*. São Paulo, DIFEL, 1977, p. 28.

(22) *Ibidem* pp. 33-41 e 213-244.

ção” (23) ou quando se preocupava com a remessa dos lucros pelas empresas estrangeiras (24). A evolução ulterior dos conceitos e preceitos da política econômica devia dar razão, pelo menos a médio prazo, a essa linha de pensamento.

Com efeito, já a Primeira Guerra Mundial exigiu, por motivos estratégicos, a interferência mais profunda do Governo nas atividades econômicas, mas o impacto mais forte neste sentido foi provocado pela Grande Depressão, de 1929, que, pela sua profundidade, extensão e duração, criou sérias dúvidas quanto à capacidade do sistema capitalista de recuperar-se graças às simples forças do mercado. A progressiva deterioração do quadro político internacional, culminando com a Segunda Guerra Mundial, justificou, ainda mais, o intervencionismo estatal (25). A ilusão das virtudes da planificação centralizada, em seguida à experiência soviética, contribuiu para o fortalecimento das idéias estatizantes.

Referindo-se à época entre as duas guerras mundiais, um historiador escreveu que “a atividade econômica de todos os países chegou a ser cada vez mais regulamentada pelos respectivos governos”, evolução agravada pela Grande Depressão, pois, “no momento em que o sistema econômico parecia ter atingido o seu ponto crítico, ao Estado não restava mais outra alternativa senão interferir e encampar ou controlar a marcha da máquina econômica” (26).

A época assistirá ao aparecimento e crescimento dos Estados autoritários ou mesmo totalitários e vai caracterizar-se por uma ingerência crescente do setor público na economia. O intervencionismo transformou-se em dirigismo, numa tendência ascendente de aplicar à economia de mercado os moldes da planificação centralizada. Desta forma, mesmo economistas liberais podiam afirmar antes da Segunda Guerra Mundial que “o regime capitalista baseado no jogo automático das iniciativas privadas... não se encontra mais em completa harmonia nem com as exigências da técnica, nem com a psicologia dos homens de hoje” (27)

(23) CORREIA, Serzedelo. *O Problema Econômico do Brasil*. Brasília/Rio de Janeiro, Senado Federal/Casa Rui Barbosa, 1980, p. 60.

(24) *Ibidem*, pp. 69-93.

(25) Alguns autores identificam na marcha do intervencionismo quatro etapas: até 1914 com medidas limitadas, sobretudo na defesa do trabalho e contra os trusts; de 1918 a 1929 com persistência das idéias liberais; após 1929 quando “só então foram impostas às formas tradicionais do capitalismo liberal modificações consideráveis; e após 1945 como novo agravamento do intervencionismo (conf. LESOURD, J. A. — GÉRARD, C. *História Econômica — Séculos XIX e XX*. Lisboa, Clássica, s/d — pp. 584-593). A adoção das medidas intervencionistas dentro do *New Deal* nos Estados Unidos constituiu um momento importante nessa evolução, por terem ocorrido no país capitalista por excelência (v. POMMERY, *op. cit.*, pp. 233-266).

(26) BIRNIE, Arthur. *História Econômica da Europa*. Rio de Janeiro, Zahar, 1964, p. 328.

(27) BROCARD, *op. cit.*, p. 373.

— afirmação um tanto pretensiosa mas que demonstra a mentalidade reinante naquele tempo.

Avolumaram-se, também, as tendências socializantes na organização econômica — a ênfase conferida aos aspectos sociais das atividades econômicas, a noção de “direitos sociais”, isto é, dos direitos da sociedade, acima dos indivíduos. De acordo com PINTO FERREIRA, os direitos sociais seriam “os direitos de liberdade dos indivíduos nas suas relações no círculo social” (28) — expressão muito elástica, ressaltando o lado solidário dos direitos individuais (29). De fato, teoricamente todos os direitos são sociais, uma vez que o homem é um animal social (30).

Poderia eventualmente perceber-se a nuança de que estes direitos sociais são mais obrigações do que direitos, quer dizer, representam prerrogativas da sociedade como um todo acima dos direitos individuais, um modo de afirmar que as pretensões individuais não devem contradizer os objetivos superiores da sociedade.

De acordo com essa concepção, os poderes do Estado devem forçosamente crescer para ele ter a capacidade de impor ao corpo social um comportamento adequado. Além das funções tradicionais — organização dos serviços públicos, defesa da economia nacional —, o Estado deverá assumir novas tarefas em matéria de produção, comercialização, monopólios, salários, moeda, finanças públicas, poupança, organização profissional, distribuição da renda etc. (31).

A necessidade de organizar a vida econômica conforme estes preceitos chegou ao nível das Constituições a fim de evitar desvios na formação dos quadros jurídicos. (32). Aliás, as tendências socializantes manifesta-

(28) FERREIRA, *op. cit.*, vol. II, p. 18. O autor enumera, segundo GEORGES GURVITCH, os direitos sociais: dos produtores — trabalho, controle da gestão, participação nos lucros, descanso, aposentadoria, greve, liberdade sindical; dos consumidores — direito à subsistência, participação na distribuição dos produtos, segurança econômica, associação, gestão dos serviços; dos indivíduos — vida (defesa da mãe e da criança), educação, migração, livre escolha de associações econômicas, políticas e culturais. Generalizações um tanto imprecisas.

(29) A concepção solidarista dos direitos sociais é apresentada, por exemplo, em: MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*. Paris, Marcel Giard, 1931, pp. 80-86.

(30) “Lato sensu, todos os direitos reconhecidos são sociais. Sociais, políticos e econômicos”, (CATHARINO, José Martins. Os “direitos sociais” trabalhistas na área constitucional. No passado, no presente e no futuro — in: *Revista de Informação Legislativa* — Brasília, a. 22, n. 87, jul./set. 1985, p. 43).

(31) LAUFENBURGER, *op. cit.*, passim; v. também: CAMARGO, José Francisco. *Política Econômica*. São Paulo, Atlas, 1967.

(32) São conhecidos os problemas de ordem formal que surgiram durante o *New Deal*, sobretudo a propósito da inconstitucionalidade da regulamentação industrial (*NIRA* — *National Industrial Recovery Act*), finalmente rejeitada pela Suprema Corte.

ram-se de maneira mais nítida em nível constitucional, desde 1919 na Constituição de Weimar, que rezava no seu art. 151: "A vida econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e com vistas a garantir a todos uma existência humana digna. Dentro destes limites a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada" (33). Como veremos mais adiante, essas idéias tiveram eco nas Constituições brasileiras posteriores à Primeira Guerra Mundial (34).

6. A Constituição de 16 de julho de 1934 (que sofreu emendas pouco importantes para nosso estudo em 18 de dezembro de 1935) apareceu sob o signo destas novas preocupações que revelavam uma desconfiança maior em relação ao sistema liberal, de livre mercado. Tal posição implicava uma intervenção mais profunda do Estado no processo econômico, com o objetivo de evitar ou, pelo menos, atenuar suas incapacidades ou distorções em função do interesse social. A complexidade crescente do processo exigia, dentro dessa tendência intervencionista, uma legislação econômica mais abrangente, incluindo o próprio normativo constitucional.

Sem dúvida, persistiram as preocupações tradicionais, tais como a delimitação da competência das várias esferas administrativas — União, Estados, Municípios — mas mesmo nesta regulamentação aparecem as características mencionadas, sob a forma de múltiplas e pormenorizadas prerrogativas da União (art. 5º): serviços públicos de transporte e comunicação, alfândegas e entrepostos, sistema monetário, bancos de emissão, seguros, caixas econômicas, direito comercial, direito rural, desapropriações, portos e navegação, comércio exterior, câmbio, crédito, remessas externas, trabalho, produção, consumo — "podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público" — subsolo, energia, metalurgia, águas, florestas, pesca etc. Paralelamente estabelece-se a competência normativa dos Estados (art. 7º). Por outro lado, são fixadas as áreas — crescentes — de tributação pela União (art. 6º), pelos Estados (arts. 10 e 11) e pelos Municípios (art. 13). Em outros textos (arts. 17, 18, 19 e 20) são dados detalhes sobre as delimitações de competência entre várias esferas administrativas. Aparece ainda, e com maior destaque do que na primeira Constituição, o interesse pelo ordenamento das finanças públicas, tanto é que fica reservada uma seção inteira — a Seção IV — à elaboração do orçamento.

Como anteriormente, garante-se o direito de propriedade, mas com ênfase de que "não poderá ser exercido contra o interesse social ou cole-

(33) Apud MIRKINE-GUETZÉVITCH, *op. cit.*, pp. 90-95; v. também FERREIRA, *op. cit.*, vol. II, pp. 15-16.

(34) Segundo PINTO FERREIRA (*op. cit.*, vol. I, p. 112), a Constituição de 1934 sofreu "decisiva influência da Constituição de Weimar". E para a Constituição de 1946 indica, entre outras fontes, outra vez a Constituição de Weimar, caracterizada pela "democracia social", manifestada em "intervencionismo, planejamento, legislação trabalhista, leis antitrustes, sindicalismo, direito de greve, direitos sociais do homem etc., numa reação contra o liberalismo econômico puro.

tivo, na forma que a lei determinar” (art. 113, al. 17). No que tange às minas e riquezas do subsolo, bem como às quedas d’água, a limitação do direito é explícita, pois “constituem propriedade distinta do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial” (art. 118 — completado pelo art. 119) — campo para uma imissão estatal maior.

O propósito de corrigir as injustiças persistentes na propriedade rural levou a uma formulação mais ampla do instituto da usucapião, no prazo de 10 anos, para áreas até 10 ha, quando usadas diretamente para moradia e produção, com medidas especiais a favor dos silvícolas permanentes (art. 129). Ao mesmo tempo, foi submetida à autorização do Senado a concessão de terras maiores de 10 mil ha. (art. 130). Acrescente-se, como de caráter parecido, a redução de impostos sobre imóveis rurais constituídos em bens de família (art. 126) e a instituição do imposto progressivo sobre heranças e legados (art. 128).

São ainda mais relevantes, entretanto, as inovações da Constituição na linha das novas concepções no sentido de “dirigir” o processo econômico de acordo com certos objetivos sociais. Em primeiro lugar, a necessidade de definir, já em nível constitucional, a “ordem econômica” que deve ser “organizada”, portanto não resulta do livre jogo do mercado. Diz o art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Uma conseqüência da proclamação da ordem econômica “organizada” aparece no art. 113, al. 34, em que, depois da afirmação idealista de que “a todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à da sua família mediante trabalho honesto”, acrescenta: “O Poder Público deve reparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.”

A preocupação social, como reação contra as insuficiências da economia de mercado, se traduziu — como, bem antes, em outros países — numa detalhada série de disposições a respeito das condições do trabalho — salário mínimo, duração do trabalho, repouso semanal, férias, greves, sindicatos, justiça do trabalho etc. (arts. 120 a 123) ⁽³⁵⁾.

A tendência para o controle global da economia manifesta-se na intenção de elaborar “planos” econômicos. A Constituição de 1934 refere-se a um plano nacional da viação férrea (art. 5º — IX), a um “plano sistemático permanente” contra a seca no Norte (art. 177) e, com maior amplitude, a um plano de “reconstrução da economia nacional” (Disposições Transitórias — art. 16). Essa tendência iria crescer a partir daquela data com a criação do Conselho Federal de Comércio Exterior, com pretensões de órgão maior de direção econômica, apesar do seu título limi-

(35) Uma exposição detalhada, abrangendo as Constituições subseqüentes, em: CATHARINO, *op. cit.*, *passim*.

tado⁽³⁶⁾, com o Primeiro Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional, em 1939, seguido do Plano de Obras e Aparelhamento em 1944, enquanto se criavam a Comissão Nacional de Política Industrial e Comercial e a Comissão de Planejamento Econômico, ambas de 1944⁽³⁷⁾.

Finalmente, vale assinalar a acentuação do nacionalismo econômico, explicável pelo ambiente ideológico da época, como meio de defesa contra os efeitos da depressão e, depois, contra os perigos políticos que estavam se delineando no Mundo⁽³⁸⁾. Em normas constitucionais, limitações, para os estrangeiros, em matéria de exploração mineira (art. 119), navegação (art. 132), concessão de serviços públicos (art. 136) e quanto à proporção de empregados (art. 135).

7. A Constituição de 10 de novembro de 1937 (que foi complementada por 21 leis constitucionais entre 1938 e 1946), embora implantada num ambiente universal de intervencionismo, nacionalismo e, às vezes, totalitarismo, embora diploma básico do Estado Novo sintonizado no ambiente mencionado, não rompeu formalmente com o modelo econômico liberal, baseado na iniciativa privada e nos mecanismos do mercado. Entretanto, aparece, outra vez e de maneira mais nítida, o propósito de “definir” a ordem econômica para estabelecer o espaço que o Estado pode ocupar na economia, de uma forma que, na prática, permite dilatar o referido espaço.

O art. 135, fundamental, expressa-se nas seguintes palavras: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.”

(36) BUESCU, Mircea. O Conselho Federal de Comércio Exterior — in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 21, n. 82, abr./jun. 1984.

(37) Foi desta época o início, no Brasil, das discussões em torno do planejamento econômico numa economia de mercado (v. SIMONSEN, Robert C. — GUDIN, Eugênio. *A Controvérsia do Planejamento na Economia Brasileira*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1977). ROBERTO SIMONSEN, defensor do planejamento mais tarde triunfante, escreveu em 1944: “Impõe-se a planificação da economia brasileira em moldes capazes de proporcionar os meios adequados para satisfazer as necessidades essenciais de nossas populações e prover o País de uma estrutura econômica e social, forte e estável, fornecendo à nação os recursos indispensáveis à sua segurança e à sua colocação em lugar condigno, na esfera internacional” (*Evolução Industrial do Brasil e Outros Estudos*. São Paulo, CEN, 1973 — p. 304).

(38) Outrossim, o nacionalismo econômico tinha-se manifestado de maneira crescente no Brasil desde o início do século XX, com FELISBELO FREIRE, ALBERTO TORRES e outros (v. LIMA, Heitor Ferreira. *História do Pensamento Econômico no Brasil*. São Paulo, CEN, 1976 — pp. 154-115).

Em princípio, portanto, a ação do Estado seria normativa (o que é normal) e supletiva (o que se justifica em tese), mas sob a cobertura de vários eufemismos a intervenção estatal parece ilimitada. Embora sob numa forma condicional, a intervenção é focalizada como elemento quase obrigatório no processo econômico (compreendendo-se, nas entrelinhas, a preocupação com os conflitos de classe). Lembre-se que a Constituição de 1934, no seu art. 115 já citado, dizia que a ordem econômica deve ser “organizada conforme os princípios da justiça”, mas não se refere explicitamente à intervenção do Estado, cuja ação, segundo a Constituição de 1937, tem o respaldo dos interesses da “Nação” por ele respeitadas.

Na prática, a fase regida pela Constituição de 1937 caracterizou-se pela proliferação das regulamentações centralizadas, pelo controle ou amparo estatal maior e pela entrada do próprio Estado como empresário. Já citamos alguns órgãos criados na época e alguns planos então elaborados. Ademais, a Constituição previu a formação do Conselho da Economia Nacional (art. 57 a 63), como instância consultiva de nível superior. Acrescentem-se os Institutos destinados a acompanhar as atividades privadas: do Café, do Açúcar e Alcool, do Pinho, do Sal, do Mate, assim como o Conselho Nacional do Petróleo. Ademais, como empresas estatais, a Companhia Siderúrgica Nacional, Companhia do Vale do Rio Doce, Fábrica Nacional de Alcalis, Fábrica Nacional de Motores.

Tal como na Constituição de 1934, reservou-se um lugar especial à regulamentação do trabalho, considerado “dever social”, incluindo disposições anteriores e novas — repouso semanal, licença remunerada, salário mínimo, indenização, duração do trabalho, menores, seguro de velhice, justiça do trabalho, mas com aspectos autoritários pela proibição da greve e do *lock-out*, e pelo controle aos sindicatos e às corporações (art. 136 a 140).

Outra porta para o controle generalizado foi aberta pelo art. 141, que se referia ao fomento, pelo Estado, da “economia popular” — sem clara definição deste conceito.

Outrossim, manteve-se a disposição que garantia o direito de propriedade, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 122, al. 14) e a que separa a propriedade do subsolo da do solo para efeito de exploração, mediante autorização federal, reservada aos brasileiros (art. 143). Medidas de caráter nacionalista a favor dos brasileiros aparecem em matéria de tripulantes de navios, cabotagem, bancos de depósitos e companhias de seguro etc.

Também como em 1934 ficava proibida a usura (art. 142). Controles se estabeleceram sobre as tarifas de concessionárias de serviços públicos para garantir retribuição justa ou adequada do capital e melhor atendimento (art. 147), outra porta para a imissão estatal. De maior alcance foi a disposição ao art. 144 que previu a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais, quedas d’água e fontes de energia, bem como

das “indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação” (art. 144) ⁽³⁹⁾.

Mantiveram-se, também, as normas referentes à usucapião (art. 148) e à concessão de terras de maior extensão, a ser autorizada pelo Conselho Federal e não mais pelo Senado (art. 155). Ademais, a Constituição incluiu obviamente as disposições relativas à competência normativa da União e dos Estados, em detalhes que demonstram a crescente importância da regulamentação econômica, bem como relativa às finanças públicas, com a enumeração dos impostos etc. Como sinal dos tempos, autoriza-se a legislação por decretos-leis em vários campos da economia, inclusive quanto ao orçamento federal e aos impostos (art. 13).

8. Enquanto as políticas do mundo ocidental, sob o impacto da Grande Depressão, das expectativas bélicas e finalmente da própria guerra, se tornavam cada vez mais estatizantes, dirigistas e intervencionistas, surgiu, nos meios acadêmicos, uma reação liberal, representada, entre outros, por HAYEK, VON MISES, RÖPKE, MACHLUP, LIPPMANN etc. Eles basearam-se não apenas nos conceitos e preceitos do liberalismo econômico, mas também na contestação *de visu* dos pecados e perigos do intervencionismo, do autoritarismo e da direção centralizada da economia, tal como se observou nas economias capitalistas do Terceiro Reich ou da Itália fascista, e sobretudo na economia planificada da União Soviética. Sem proclamarem o objetivo, algo absurdo, da eliminação do Estado do processo econômico, pleiteavam a redução da intervenção governamental e a definição clara das áreas de atuação dos setores público e privado ⁽⁴⁰⁾.

Entretanto, esse ressurgimento liberal não aparece nitidamente na Constituição de 18 de setembro de 1946, embora ela pareça, em reação ao espírito mais radical de 1937, voltar para as posições de 1934, à procura de um equilíbrio entre a economia de mercado e as necessidades de caráter social, a cargo do Estado. Ademais, tal como nos outros países da América Latina, o funcionamento defeituoso do mercado livre — como monopólios, oligopólios, especulação, falta de solidariedade entre os

(39) O presente estudo refere-se apenas às disposições constitucionais. Seria outra tarefa historiar as aplicações concretas dos normativos legais. Foram mencionados somente alguns fatos históricos mais ilustrativos.

(40) Por exemplo, WALTER LIPPMANN, baseado em BURKE, escreve: “Um dos problemas legislativos mais delicados” consiste em “saber o que o Estado deve empreender a fazer-se orientar pela sabedoria de suas instituições e o que, envolvendo-se o mínimo possível, deve deixar à decisão individual” (*La Cité Libre*. Paris, Médicis, p. 319). E referindo-se ao pretensão “progressismo” dos partidários da estatização: “O que caracteriza (atualmente), em todo lugar, o homem progressista é que, em última análise, ele conta com o reforço da autoridade governamental para melhorar a condição humana” (*ibidem*, p. 21). Por sua vez, W. RÖPKE apontou os perigos da economia mista: “Quando se acumulam imissões de toda sorte do Estado, quando o coletivismo é empurrado para frente... o ponto crítico é alcançado mais cedo ou mais tarde, quando se vê manifestadamente que o resto sobrevivente da economia de mercado recusa sua função” (*Civitas Humana*. Paris, Médicis, 1946 — p. 63).

agentes econômicos etc. — justificava a desconfiança em relação ao modelo liberal (41).

A posição de equilíbrio é formulada no art. 145, que define a ordem econômica nos seguintes termos: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. Tal como em 1934, a justiça (aqui, a “justiça social”) é colocada no primeiro plano, mas, diferentemente de 1934, a norma refere-se explicitamente à “liberdade de iniciativa”. É verdade que a Constituição de 1937 falou também em iniciativa individual, poder de criação etc. (art. 135 citado), apressando-se contudo a referir-se em seguida ao intervencionismo estatal, formalmente para fixar-lhe os limites, mas, de fato, para colocá-lo como elemento básico, constitucional, do processo econômico.

É verdade que o modelo de economia mista surge logo na Constituição de 1946, no art. 146, que determina: “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”. Ademais, a desconfiança no funcionamento do mercado livre aparece logo depois, no art. 148, que trata da repressão ao abuso de poder econômico.

Obviamente, o Estado define o seu poder normativo na área econômica e o faz, sobretudo, como nas Constituições anteriores, com vistas a estabelecer as competências nos três graus administrativos — União, Estado, Municípios. O art. 5º, por exemplo, delimita a área de ação da União — moeda, bancos de emissão, estabelecimentos de crédito, capitalização e seguro, viação, correio, telégrafo, rádio etc., e sua ampla prerrogativa legislativa — produção e consumo, portos e cabotagem, comércio exterior e câmbio, mineração, água e energia etc. A preocupação com o regime legal dos bancos de depósito, seguros, capitalização e afins repete-se mais adiante (art. 149), bem como referente às instituições de crédito para lavoura e pecuária (art. 150) e o regime das concessionárias de serviços públicos (art. 151). A respeito destas últimas, vale sublinhar o cuidado para terem lucros “não excedendo a justa remuneração do capital” — velha idéia de justiça social que aparece, também, na proibição da usura (art. 154). Como nas Constituições anteriores, ênfase é dada à defesa e garantia dos direitos do trabalho (art. 157 a 159) — salário mínimo, assistência ao desemprego, regime do trabalho, greve (agora

(41) Entre 1945 e 1956, 14 países latino-americanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Nicarágua, Panamá, Salvador, Uruguai e Venezuela) reformularam seu regime constitucional, acentuando as tendências de caráter social na economia: “constitucionalização dos direitos sociais” (seguindo os preceitos da Constituição mexicana de 1917), dirigismo econômico e “dilação do regime fazendário”, além do nacionalismo econômico (conf. MIRANDA, José. *Reformas y Tendencias Constitucionales Recientes en la América Latina*. México, Inst. de Derecho Comp., 1957).

admitida), sindicatos etc., e, como novidade mais especial, “a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa”, a qual iria ser implementada muito mais tarde.

Reserva-se, como anteriormente, um espaço próprio ao poder de tributação — da União (arts. 15 a 17), dos Estados (art. 18) e dos Municípios (art. 29), bem como as relações entre eles (art. 30) e uma Seção inteira para o orçamento federal (arts. 73 a 77), numa amplitude que demonstra o aumento da parcela do Estado na renda nacional, correspondendo à extensão de suas atividades. É verdade que, aí também, se introduz um critério social, ao se declarar que os tributos serão graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte (art. 202).

Persiste a idéia do planejamento, porém ainda apenas em caráter setorial — viação (art. 5º), colonização (art. 156), defesa contra a seca no Nordeste (art. 198), valorização da Amazônia (art. 199), mas a tendência para uma direção global da economia se cristaliza na criação do Conselho Nacional de Economia, embora com atribuições apenas consultivas (art. 205).

Outrossim, como tradicionalmente, é garantido o direito de propriedade, “salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social” (dentro da idéia dos direitos sociais), “mediante prévia e justa indenização em dinheiro” (art. 141, § 16). O enfoque social manifesta-se de modo mais explícito no art. 147, que reza: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos” — uma ampla abertura para a reforma agrária, ainda que se mantenham disposições de menor porte, como a usucapião de 10 anos, a preferência dada aos posseiros para terras de até 25 ha. (art. 156), etc. Por outro lado, foram mantidas medidas especiais para a defesa do subsolo, cuja propriedade continuou separada do solo (art. 152), aparecendo aí, como no caso do comércio de cabotagem (art. 155), normas de caráter nacionalista.

9. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 ⁽⁴²⁾ veio num período de liberalismo econômico, pelo menos em intenções e formulações, como reação contra as tendências socializantes agravadas em 1961/1964. De fato, a marcha para a estatização continuou ao longo dos quase 20 anos de vida da Constituição, mas ela, adotando ainda um modelo de economia mista, demonstrou, não obstante, alguns sinais de desconfiança a respeito da ingerência do Estado na economia — eco retardado da reação liberal de que falamos.

(42) A Constituição de 24 de janeiro de 1967 foi reformulada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, incorporando, além de 17 Atos Institucionais anteriores (1964-1969), 78 Atos Complementares (1965-1970) e 7 Leis Complementares (1967-1970), aos quais se juntaram 26 Emendas Constitucionais (1972-1985).

A própria complexidade crescente do processo econômico exigia uma atividade normativa mais intensa por parte do setor público. Ao estabelecer, como em textos anteriores, a competência da União (art. 8º), refere-se o texto constitucional, com a Emenda nº 1/69, às seguintes funções de caráter econômico: “V – planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais” (desde já é preciso atentar para essa competência abrangente do planejamento) – “VII – autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; (...) IX – emitir moeda; X – fiscalizar as operações de crédito, capitalização e seguros; XI – estabelecer o plano nacional de viação” (planejamento setorial já previsto em 1946); (...) “XIV – estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento” (a idéia de planejamento volta em nível regional) (...) “XV – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: *a*) os serviços de telecomunicações; *b*) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; *c*) a navegação aérea; *d*) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território.” Vale sublinhar que nesses últimos casos a União advoga para si não apenas a formulação normativa, mas também o exercício de atividades econômicas em setores considerados de interesse público.

A competência legislativa da União (art. 8º, XVII) comprova ao mesmo tempo a complexidade da vida econômica e a determinação do Estado de orientá-la através da formulação dos quadros jurídicos. Essa competência abrange não apenas o direito comercial, agrário, marítimo, trabalhista etc., mas, de forma muito ampla, produção e consumo, orçamento e finanças públicas, seguros e previdência social, desapropriações, regime das jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca, águas, telecomunicações, energia, sistema monetário, política de crédito, câmbio, comércio exterior e interestadual, transferência de valores para o exterior, portos e navegação de cabotagem, fluvial e lacustre, tráfego e trânsito de vias terrestres, emigração e imigração, etc.

Evidentemente, cabe ao Poder Público fixar as normas jurídicas dentro das quais se exercem as atividades econômicas. Mas a enumeração exaustiva mostra o empenho em não deixar nada ao acaso ou ao livre jogo do mercado. E a competência legislativa da União, à qual se acresce a dos Estados e Municípios, representa oportunidades de intervenção do Poder Público, pois é difícil separar o papel normativo do executivo e fiscalizador, tornando o setor público titular de atividades econômicas em substituição aos agentes privados.

A expansão da ação estatal aparece no aumento da sua receita, consubstanciado na proliferação dos impostos, embora não seja este o único índice do processo (43). Além das taxas e contribuições gerais que a União, os Estados e os Municípios podem instituir (art. 18), pode-se citar, como

(43) A respeito desse processo foram feitos muitos estudos que não cabe citar aqui, visto que, como já dissemos, o presente artigo não abrange a evolução histórica da economia brasileira.

exemplo do poder tributário, de competência da União: os impostos sobre importação de produtos estrangeiros; exportação; propriedade territorial rural; renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários; serviços de transporte e comunicação; produção, importação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis; energia elétrica; extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais, bem como outros impostos sobre bases diferentes, outras contribuições especiais e empréstimos compulsórios (art. 21). Outros tipos de tributação são reservados aos Estados (art. 23) e aos Municípios (art. 24) — que seria fastidioso enumerar —, de fato, toda espécie de tributos desde que dentro da competência administrativa própria.

Confere-se, como em diplomas anteriores, uma atenção especial, de forma muito mais pormenorizada, ao Orçamento (Seção VI — arts. 60 e 61) e à Fiscalização Financeira e Orçamentária (Seção VII — arts. 70 a 72), denotando, por um lado, a maior concentração do poder financeiro nos órgãos centrais da União, mas, ao mesmo tempo, um maior cuidado com a limitação, pelo menos formal, desse poder.

Quanto à direção centralizada da economia, já nos referimos a planos setoriais (art. 8º, XI e XIV) ou globais (art. 8º, V). Aliás, na época da Constituição de 1937, já estava enraizada a idéia de um planejamento econômico nacional, não apenas nas formas limitadas do Plano SALTE (1948) ou do Programa de Metas (1956), mas de maneira global, como no Plano Trienal (1962) e no Programa de Ação Econômica do Governo — PAEG (1964). E desde 1962 existia, de fato, senão ainda de direito, um Ministério do Planejamento.

Apesar dos avanços estatizantes, a Constituição adota uma posição mais ponderada a respeito da “Ordem Econômica e Social” (Título III — arts. 160 a 174), a começar pelo fato de não falar mais em “organizar” esta ordem: os seus requisitos são apresentados como *desiderata*. Mas, antes de mais nada, deve-se sublinhar que, contrariamente ao texto de 1946, se fala em ordem econômica “e social”, refletindo a preocupação com as repercussões sociais da atividade econômica.

Diz o art. 160: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I — liberdade de iniciativa; II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III — função social da propriedade; IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo”.

Observe-se que, desta vez, depois de colocar no mesmo plano, como objetivos simultâneos, o desenvolvimento e a justiça social, o diploma constitucional põe, como princípio primeiro, a liberdade de iniciativa, sem referir-se, depois, à intervenção estatal, como nas definições da ordem

econômica das Constituições anteriores. Entretanto, a desconfiança em relação ao sistema de mercado manifesta-se no item V referente ao abuso do poder econômico, eliminação da concorrência e lucros excessivos. Evidentemente, a correção dessas distorções viria da intervenção estatal. O mesmo se subentende quando se fala nos assim chamados direitos sociais: função social da propriedade, valorização do trabalho, harmonização das categorias de produção (evitou-se, com razão, a noção de "classe"), oportunidades de trabalho.

O intervencionismo estatal está explicitamente previsto no art. 163, que exprime, contudo, por outro lado, uma certa desconfiança em relação aos excessos do estatismo, tentando delimitar a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade "quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar um setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais".

A prioridade dada à iniciativa privada e o caráter supletivo da ação estatal são, mais uma vez, proclamados no art. 170: "As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º — Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica." Diga-se de passagem que essa declaração formal não impediu o avanço do setor público na economia, nas formas mais variadas possíveis.

Explicitando a posição assumida em relação aos direitos sociais (no art. 160 supracitado), a Constituição afirma a garantia da propriedade privada, determinando as condições para desapropriações (art. 153, § 22); prevê condições especiais para a propriedade rural (art. 153, § 34); estabelece condições próprias para a desapropriação da propriedade territorial rural, para efeito de reforma agrária (art. 161); fixa condições para aquisição de terras públicas, com vistas, mais uma vez, à reforma agrária. Por outro lado, estabelece condições especiais para as minas e as jazidas, cuja propriedade continua distinta da do solo (art. 168), e sobre pesquisa e lavra de petróleo, monopólios da União (art. 169).

Quanto à regulamentação do trabalho e direitos trabalhistas, recebem um tratamento detalhado, repetindo-se disposições anteriores (regime do trabalho, salário, greve, associações, etc.), e acrescentando-se novos preceitos, como, por exemplo, a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, embora apenas excepcionalmente (arts. 165 e 166).

Subsistem, ainda, disposições de caráter nacionalista (como, por exemplo, quanto à cabotagem — art. 173), mas, de forma geral, a posição da Constituição de 1967 parece mais aberta, refletindo, em termos, mudanças da mentalidade no País e no Mundo inteiro.

(44) V. LAFER, Betty Mindlin. *Planejamento no Brasil*. São Paulo, Perspectiva, 1973, passim.

Partidos Políticos e política externa

PAULO ROBERTO DE ALMEIDA

PhD em Ciências Sociais pela Universidade Livre de Bruxelas. Professor de Sociologia Política na UnB e no Instituto Rio Branco

SUMARIO

1. *Política externa e Partidos Políticos*
2. *A "política externa" dos Partidos Políticos*
3. *Os Partidos Políticos sem política externa*
4. *Os Partidos Políticos na política externa*
5. *A política externa sem Partidos Políticos*
6. *O retorno dos Partidos à política externa*

Bibliografia

RESUMO

O trabalho examina o espaço e o papel da política externa nos programas e na atividade dos Partidos Políticos. De modo geral, concede-se importância secundária às relações internacionais dos Estados nos programas dos Partidos Políticos e os temas de política externa comparecem apenas com objetivos táticos na *praxis* corrente. A experiência brasileira confirma o argumento: tanto no regime pluripartidário de 46, como no período bipartidista inaugurado em 1966, os Partidos Políticos mantiveram-se e foram mantidos à margem do processo decisório na área da política externa, o que não os impediu de atuar por vezes intensamente em temas específicos das relações internacionais do Brasil (capital estrangeiro e investimentos externos, em especial). No período recente, com a valorização do papel dos Partidos no processo político nacional, evidencia-se crescente importância dos temas de política externa na reflexão e na estratégia parlamentar da maior parte dos Partidos brasileiros.

1. Política externa e Partidos Políticos

A política externa é uma área de preocupação relativamente secundária na atividade dos Partidos Políticos. Quer como campo de reflexão teórica, quer como instrumento de mobilização política, a política externa comparece muito pouco nos programas e na praxis da maior parte dos Partidos. Não se trata propriamente de desinteresse ou subestimação de sua importância na vida política dos Estados, mas tão simplesmente de uma especificidade que resulta da própria natureza do tema. Como afirma o cientista político LEON EPSTEIN, “a política externa é particularmente inadequada como tema de debate na arena da competição eleitoral, não apenas porque ela é difícil e complexa, mas principalmente porque ela raramente permite alternativas reais de escolha”⁽¹⁾.

No âmbito da ciência política — e mais particularmente na esfera da sociologia dos Partidos Políticos — o tema da política externa enquanto esfera específica e especializada da atividade partidária foi insuficientemente tratado: não se tem notícia de uma análise sistêmica sobre o tema, do surgimento de algum paradigma interpretativo ou de estudos empíricos numa perspectiva comparada. A problemática da política externa na prática partidária permanece inexplorada, uma espécie de *terra incógnita* a esperar mapeamento por parte da sociologia política. A grande e honrosa exceção é o artigo pioneiro de MARCEL MERLE, conhecido especialista das relações internacionais, e dedicado precisamente à formulação de um quadro conceitual suscetível de avaliar o comportamento dos Partidos Políticos face à política externa⁽²⁾.

O vazio teórico é tanto mais surpreendente que, na esfera do direito constitucional e do direito internacional público, multiplicam-se os estudos relativos às relações entre Executivo e Legislativo nos temas afetos à política internacional dos Estados, com ênfase por vezes no controle parlamentar da política externa dos Governos⁽³⁾. É de

(1) Leon D. EPSTEIN. *Political Parties in Western Democracies*. London, Pall Mall Press, 1967, p. 273.

(2) A publicação original do artigo de MARCEL MERLE, “Partis Politiques et Politique Étrangère en Régime Pluraliste”, foi feita na *Revue Internationale des Sciences Sociales* (30:1:1978), mas utilizamos a tradução brasileira: “Partidos Políticos e Política Exterior no Regime Pluralista”, *Relações Internacionais* (I:3:set-dez 1978:78-85); ver também, de Merle, “Politique Intérieure et Politique Extérieure”, *Politique Étrangère* (41:5:1978:409-22).

(3) Vide PHILIP W. BUCK e MARTIN B. TRAVIS (eds.). *Control of Foreign Relations in Modern Nations*. New York, Norton, 1957; JAMES A. ROBINSON. *Congress and Foreign Policy Making*. Illinois, 1962; LOUIS HENKIN. *Foreign Affairs and the Constitution*, Mineola, Foundation, 1972; para o Brasil, a referência obrigatória é a tese de Mestrado de ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre, LPM-IARS, 1983.

esperar-se, assim, que a problemática das relações entre instituições de Poder em matéria de política externa, já incorporada à sociologia das relações internacionais, possa e deva tornar-se objeto de estudo da sociologia dos Partidos Políticos.

A “conspiração do silêncio”, a que se refere MARCEL MERLE, é precisamente devida ao fato de o tema situar-se na interseção de duas disciplinas “que trabalham separadamente e que raramente se comunicam entre si” (4). Como diz o sociólogo francês, “o estudo dos Partidos Políticos tem chegado ao ponto de ser uma atividade um tanto esotérica, dominada pelos aspectos organizativos e funcionais e tratada por investigadores que apenas levemente se interessam pelas relações internacionais. Estas, por sua vez, continuam a ser, em grande medida, tributárias do esquema clássico que põe em relevo as relações diplomáticas e relega a um segundo plano o jogo das forças políticas internas; os enfoques mais recentes, de inspiração behaviorista ou sistêmica, são mais favoráveis a levar em consideração o papel dos Partidos na elaboração da política exterior, porém se contar o fato do muito propensos que são, uns a um minucioso formalismo e outros à abstração, esses enfoques se devem a autores geralmente pouco familiarizados com a teoria dos Partidos Políticos. Dessa maneira, abriu-se um grande hiato entre as relações internacionais e a ciência política, no qual as relações entre os Partidos Políticos e a política exterior parecem ter caído no esquecimento” (5).

O presente estudo, que se pretende apenas tentativo, não tem a pretensão de ocupar o vazio conceitual e metodológico existente a nível disciplinar. Ele busca, mais modestamente, iniciar uma discussão sobre esse aspecto geralmente negligenciado da atuação partidária no contexto do sistema político brasileiro. O discurso partidário — programático ou congressual — sobre as relações internacionais ou a política externa do Brasil não foi, ao que se sabe, objeto de análise global, com exceção de dois pequenos trabalhos publicados em números especiais da **Revista de Ciência Política**, limitando-se, entretanto, a uma mera coleta de material legislativo no período 1971-1974 (7ª Legislatura do Congresso Nacional) (6).

(4) Cf. MERLE, “Partidos Políticos...”, *op. cit.*, p. 79.

(5) MERLE, *idem*, *loc. cit.*

(6) ARMANDO DE OLIVEIRA MARINHO et alii. “O Congresso Nacional e a Política Externa Brasileira”, **Revista de Ciência Política** (18:n.º especial: abril 1975:56-78); LIDICE A. PONTES MADURO et alii. [O Congresso Nacional no atual sistema político brasileiro] “2.2 Política Externa”, **Revista de Ciência Política** (21:n.º especial:dezembro 1978:116-190). Ambos os trabalhos resultam de pesquisas conduzidas pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

2. A "política externa" dos Partidos Políticos

A rigor, poder-se-ia dizer que os Partidos Políticos, enquanto tais, não têm "política externa", mas tão simplesmente posicionamentos ideológicos e práticos sobre as relações internacionais e os desafios externos de seus respectivos países. Com efeito, por sua própria natureza, a política externa dos Estados-membros da comunidade internacional tende a elevar-se acima dos Partidos e adquirir um caráter nacional abrangente. Por outro lado, no jogo político pelo Poder, as considerações partidárias sempre assumiram um papel significativo menor em matéria de política externa, salvo em casos de crise externa.

A autonomia relativa da política externa em relação à política interna não é apenas um dado estrutural dos sistemas contemporâneos ou uma interação específica aos sistemas pluralistas. Em seu magnífico ensaio *L'Europe et la Révolution Française*, SOREL não deixou de sublinhar o fato de a Revolução francesa não ter alterado fundamentalmente os princípios da política externa da França. Em precoce e pertinente observação sobre a política externa levada a cabo pelos primeiros bolcheviques, um diplomata americano afirmou por sua vez que "um dos fenômenos mais interessantes da Revolução russa é a reversão dos Sovietes às linhas básicas da política externa dos Czares" (7).

Estas poucas particularidades da interação "política externa — Partidos Políticos" são suficientes para uma correta conceituação do problema. Os elementos relevantes para a análise podem ser resumidos em dois postulados: permanência e tradição da política externa dos Estados — mesmo em caso de violenta ruptura da ordem política, como é o caso das Revoluções — e importância secundária da política externa na formulação e execução das estratégias partidárias de luta pelo Poder — mas aqui, salvo no caso de forças internacionais atuarem como variáveis importantes no processo de mudança política (8).

Os grupos políticos que ocupam o Poder, alternadamente ou no seguimento de uma ruptura fundamental do sistema, tendem, portanto, a preservar as grandes opções em matéria de política externa. No caso da Grã-Bretanha, exemplo clássico de política imperial pacientemente aplicada por Gabinetes sucessivamente intercambiáveis, assistiu-se a uma grande continuidade histórica na área externa, onde homens como CASTLEREAGH, CANNING, PALMERSTON, SALISBURY ou EDWARD GREY defenderam com igual ardor os princípios do **rule**

(7) Cf. DEWITT C. POLE. *The Conduct of Foreign Relations under Modern Democratic Conditions*. New Haven, Yale University Press, 1924, p. 17.

(8) Os efeitos dos contextos transnacional e histórico-mundial nos processos de transformação política foram enfatizados de maneira brilhante por THEDA SKOCPOL. *States and Social Revolutions, A Comparative Analysis of France, Russia and China*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

Britannia independentemente de suas adesões respectivas aos grupos **wigh** ou **tory** do Parlamento ⁽⁹⁾.

Assim, mesmo se determinados elementos ideológicos levam os grupos políticos a valorizarem esta ou aquela inclinação tática, a política externa nos sistemas políticos contemporâneos é concebida e executada em termos de **política nacional**. Essa unidade fundamental quanto à natureza e o papel da política externa é assumida implicitamente por todos os Partidos participando institucionalmente do jogo político. Com efeito, mesmo os chamados Partidos “ideológicos” admitem a existência de um conjunto de valores e princípios que fundamentam a permanência do Estado e a projeção da nacionalidade. O que alguns chamam de “interesses do Estado” e outros “interesses nacionais permanentes” (segurança nacional, progresso econômico, salvaguarda ou aumento do Poder nacional *vis-à-vis* outros Estados, prestígio nacional etc.) assegura a continuidade da política externa acima e independentemente do jogo político-partidário.

A importância secundária da política externa na teoria e na prática dos Partidos Políticos explica-se, por sua vez, pela forma específica de inserção destes últimos no sistema político, operada muito mais ao nível da opinião pública — interessada quase exclusivamente nos assuntos domésticos — que ao nível do Estado — ator privilegiado da política externa. Mas, como se disse, “a subordinação da política externa à estratégia da luta pelo poder conhece, todavia, algumas exceções quando sobrevêm grandes crises, daquelas que comovem e fazem vacilar a sociedade. Diversos debates contemporâneos dão provas disso, já sejam estes a discórdia existente na França acerca da Comunidade Européia de defesa ou, no caso da Inglaterra, a existente acerca da sua entrada no Mercado Comum, da questão do Vietnã para os Estados Unidos da América ou a Ost-Politik para a República Federal da Alemanha. Nesse caso, a política exterior ou, mais exatamente, um dos seus aspectos, assume o caráter de um interesse vital da nação, levado diretamente perante a opinião pública e explorado pelos Partidos”. Entretanto, sublinha o mesmo autor:

“As opções de política exterior somente podem ter um efeito mobilizador se estiverem relacionadas com alternativas sociais que afetem as condições de vida ou as convicções profundas das populações” ⁽¹⁰⁾.

(9) Cf. NORMAN J. PADEFORD e GEORGE A. LINCOLN. *The Dynamics of International Relations*. New York, Macmillan, 1962, pp. 294-6. Observe-se, aliás, que o Parlamento britânico, a despeito do que se crê habitualmente, não dispõe de poderes constitucionais para atuar na política externa, como ocorre no sistema político americano, onde o Congresso divide com o Presidente a responsabilidade pela condução efetiva da política externa. *Ibid*, p. 272.

(10) MERLE, “Partidos Políticos e Política Exterior...”, *op. cit.*, p. 81.

A experiência recente da Comunidade Européia indica, porém, que a instrumentalização da política externa pelos Partidos Políticos já não é característica apenas dos momentos de crise. Em virtude do aprofundamento do processo de integração européia e da institucionalização do regime eletivo supranacional para o Parlamento Europeu, os temas de política externa ganharam novo e relevante papel na propaganda partidária. Assistiu-se mesmo a uma espécie de “reideologização” do debate político continental e à constituição de blocos parlamentares identificados com os velhos “ismos” da história política européia. Aliás, com exceção dos comunistas — que, depois das tristes experiências do Komintern e do Kominform, preferem afirmar a “independência nacional” de suas organizações respectivas — os demais grupos ideológicos deram nova força e vigor às tradicionais “Internacionais” de Partidos: Internacional Socialista, Liberal e, com menor ênfase, as entidades de inspiração cristã-democrata e conservadora.

A despeito, porém, da adesão ideológica e programática às correntes correspondentes de pensamento e suas respectivas entidades internacionais, os Partidos Políticos da CEE tendem geralmente a assumir a política externa defendida por suas organizações a nível nacional, quando não os estritos interesses de seus países.

Assim, com exceção dos Partidos europeus — envolvidos talvez **malgré eux** em questões de política externa — os Partidos Políticos tendem a relegar a segundo plano os problemas internacionais.

“São muito raros e, afinal de contas, muito pouco eficientes os Partidos que militam exclusivamente em volta dos temas internacionais. Quanto a todos os outros, só dão aos programas internacionais um espaço menor (geralmente o último) na sua propaganda eleitoral ou na formação de seus militantes. Esta atitude deve-se, por um lado, à passividade da opinião pública, que os negócios internacionais raramente chegam a apaixonar e, por outro lado, às condições do jogo político interno que, pela força das coisas, privilegia os temas de política interior. No melhor dos casos, percebem-se os problemas internacionais pelas suas repercussões internas; no pior dos casos utilizam-se as metas internacionais no debate nacional para colocar o adversário — seja ele do governo ou da oposição — numa situação difícil, sem que, por isso, a eventual mudança de governo, de maioria ou de regime, leve a uma nova orientação da política externa. Ciosos de valorizar sua função ou de não perder seu papel, os Partidos tendem, portanto, na maioria dos casos, a ocultar o campo das realidades internacionais ou a somente utilizá-lo para facilitar suas manobras no campo político interno. Nesse sentido, são poderosos agentes de manutenção ou de

reforço do nacionalismo e contribuem para a garantia da supremacia efetiva (apesar de muitas vezes nociva) da política interior sobre a política exterior" (11).

Na medida em que os Partidos Políticos efetivamente contem com uma "política externa" em seus programas, esta geralmente consiste ou numa formulação vaga de princípios gerais sobre as relações internacionais ou numa reafirmação particularizada das prioridades nacionais, em geral universalmente aceitas em regime pluralista. O discurso e a prática dos Partidos brasileiros em matéria de política externa não constituem, como se verá agora, uma exceção a esse princípio.

3. Os Partidos Políticos sem política externa

Em política, como em outras atividades humanas, os atos valem mais do que as intenções. Em outros termos, a atividade partidária em matéria de política externa não pode ser reduzida às posições de princípio ou a meros atos declaratórios, consubstanciados em programas que serão deixados de lado na *praxis* corrente. A análise dos discursos partidários nesse terreno revela contudo diferentes formas de percepção da problemática, justificando-se, portanto, esta prévia consulta aos programas dos principais Partidos brasileiros do período 1945-1965.

De uma forma geral, os Partidos que se constituíram, a partir da redemocratização de 1945, concederam reduzido espaço às questões de política externa e de relações internacionais em seus respectivos programas e manifestos de ação. Os "capítulos" — descontando-se a generosidade da expressão — dedicados às relações exteriores nos programas constitutivos são, via de regra, conceitual e substantivamente indeterminados, consistindo de duas ou três rubricas extremamente concisas em torno de princípios gerais da política internacional.

Uma análise formal e substantiva do "discurso internacional" dos Partidos brasileiros revela, desde logo, que quanto menor e mais estruturado ideologicamente era o Partido em causa, maior atenção era dada a questões de política externa. Inversamente, quanto maior e mais difuso politicamente era o Partido, a formulação dos princípios de política externa tornava-se menos explícita. **Grosso modo**, a parte sobre política externa — ou, como muitas vezes se escrevia, sobre a "ordem internacional" — sobre ser a última nos manifestos e programas partidários, ocupava menos do décimo do total do texto, quando não era simplesmente inexistente (casos do Partido Social Progressista e do Partido Republicano). Não parece assim exagerado afirmar-se

(11) Cf. MARCEL MERLE, *Sociologia das Relações Internacionais*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1961, p. 229.

que os Partidos brasileiros do regime de 46 careciam, de fato, de uma “política externa”, ou, mais exatamente, de um conjunto de proposições ordenadas e sistemáticas suscetíveis de fundamentar a ação externa do Brasil.

O cenário político brasileiro, entre 1945 e 1964, era dominado, como se sabe, pela existência de três principais Partidos Políticos: o Partido Social Democrático, a União Democrática Nacional e o Partido Trabalhista Brasileiro. Diversos outros Partidos competiam na arena política — o número dos que se apresentavam em eleições federais se situava em torno de dez, com uma ponta de treze no final do período — mas a importância real dos Partidos menores e dos movimentos dissidentes tendia a tornar-se inversamente proporcional ao crescimento dos registros partidários na Justiça Eleitoral. Os três principais Partidos totalizavam cerca de 3/4 das bancadas federais, mas a distribuição das cadeiras alterou-se progressivamente em favor da corrente trabalhista.

O período em exame é um dos mais ricos do ponto de vista da análise da dinâmica partidária em regime pluralista e, como tal, oferece diferentes tipos de abordagem ao pesquisador. O exame que se procederá aqui sobre a interação “Partidos Políticos — política externa” privilegiará o nível propriamente **partidário** dessa problemática e não o **sistêmico** ou **institucional**, razão pela qual se passa a discorrer isoladamente sobre os principais Partidos do regime de 46 e seus respectivos posicionamentos em matéria de política externa, tais como expressos em seus programas oficiais.

a) Partido Social Democrático

O PSD, ensinam os livros de história, foi o principal representante das oligarquias regionais e daquela fração da classe empresarial associada ao Estado. Partido conservador por excelência, o PSD beneficiou-se, ao final do Estado Novo, da “máquina política” criada por Vargas, tornando-se assim o maior Partido do pós-guerra. Contando com uma implantação nacional e uma representação local garantida pelos chefes municipais, o PSD sempre conseguiu eleger a maioria dos governadores de Estados. No plano eleitoral, entretanto, sua influência tendeu a decrescer progressivamente, de forma mais ou menos proporcional à diminuição da população rural em relação à população total⁽¹²⁾.

Uma combinação de princípios conservadores e de propostas econômicas relativamente avançadas dava ao PSD um certo caráter

(12) Para um breve porém arguto estudo sobre o PSD, ver LÚCIA MARIA LIPPI OLIVEIRA. “O Partido Social Democrático” in David V. FLEISCHER (org.). **Os Partidos Políticos no Brasil**, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, volume I, pp. 108-114.

“não-ideológico”, típico dos Partidos no Poder. A ambigüidade de suas posições ideológicas correspondia de certo modo à intensidade do ritmo das transformações sociais, econômicas e políticas do Brasil e à base pluriclassista de sua representação política (como aliás de quase todos os Partidos brasileiros).

Na verdade, a oligarquia continuava a deter um poder considerável, e o PSD encarnava, melhor que qualquer outro Partido, o “Brasil essencialmente agrícola” de certas propostas conservadoras⁽¹³⁾. Curiosamente, o PSD atraiu igualmente o apoio de empresários progressistas, “que encaravam a continuação da intervenção estatal como essencial a um impulso maior na industrialização”⁽¹⁴⁾. Em resumo, “se o PSD possuiu alguma ideologia, esta era a da ordem estabelecida”⁽¹⁵⁾. Geralmente partidário do imobilismo político e do *status quo* social, o PSD atravessou, contudo, lutas internas, que expressavam tendências personalistas ou regionais, acrescentando-as à heterogeneidade de interesses (agrários e industriais) nele representados.

O capítulo sobre as “Relações Exteriores” no programa partidário de 1945 é extremamente reduzido, num documento em geral bem estruturado e bastante detalhista (ao ponto, aliás, de conter menção específica de apoio ao “escotismo”). Partindo de afirmações algo vagas — como o “reconhecimento da unidade moral do gênero humano” —, o programa anuncia a adesão do PSD ao princípio do arbitramento, o respeito aos tratados e convenções (segundo as regras do direito internacional), o “repúdio [do Partido] às guerras de conquista” e, mais explicitamente, seu apoio à “política de solidariedade continental e de concretização e aplicação dos preceitos do direito consultivo pan-americano”.

A versatilidade do programa de “política externa” do PSD manifesta-se, por um lado, num *parti pris* talvez avançado para a época, a saber, a defesa de uma “política econômica de igualdade de oportunidades entre as nações” e, por outro lado, numa solicitação pelo menos curiosa num programa partidário (mas certamente explicável no con-

(13) Como observou um historiador, “o retorno ao regime constitucional, depois da derrubada de Getúlio, significava numa certa medida a revanche do Brasil rural” contra as intenções modernizadoras do ditador; cf. TULIO HALPERIN DONGHI. *Storia dell'America Latina*. Torino, Einaudi, 1972, pp. 352-3.

(14) Cf. THOMAS E. SKIDMORE. *Brasil: de Getúlio Vargas a Castello Branco, 1930-1964*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975, p. 82.

(15) Cf. SILAS CERQUEIRA. “Brazil” in JEAN-PIERRE BERNARD et alii. *Guide to the Political Parties of South America*. Harmondsworth, Penguin, 1973, p. 168.

texto do pós-guerra), no sentido de ser mantida a “representação diplomática [brasileira] junto à Santa Sé⁽¹⁶⁾.”

b) União Democrática Nacional

Fundada em 1945 por um agrupamento de oposicionistas liberais e democratas radicais, cuja luta contra o “varguismo” e a tudo o que ele representava como política de manipulação de massas era talvez o único ponto de coesão, a UDN depurou-se rapidamente de sua ala esquerda para converter-se em Partido reformista de centro, um pouco no modelo dos Partidos “liberais” latino-americanos.

Segundo Partido em importância por sua implantação nacional e tamanho da bancada federal, a UDN dispunha, como o PSD, de largo apoio nas classes tradicionais, mas sua política era mais orientada para os interesses da burguesia urbana. Seus quadros políticos, geralmente de bom nível, provinham sobretudo dos meios de profissionais liberais e sua base social situava-se principalmente na pequena burguesia urbana e na classe média alta, preocupadas uma e outra com a perigosa “ascensão” das massas trabalhadoras e com o “espectro” do comunismo. Ao nível do eleitorado rural, a UDN dividia seus votos com o PSD, o que permitia eventuais alianças locais entre os dois Partidos⁽¹⁷⁾.

A despeito de seu caráter liberal-burguês, de uma ideologia razoavelmente reformista e, simultaneamente, de suas numerosas ligações com as forças tradicionais, a UDN geralmente esteve alijada do poder entre 1945 e 1964, o que levou um observador maldoso a afirmar que “o udenista é, antes de mais nada, um oligarca frustrado, porque excluído do poder”⁽¹⁸⁾. Esta circunstância infeliz na história do Partido levou a UDN a fustigar continuamente o PSD, para forçá-lo a romper com o PTB e aliar-se a ela; não conseguindo seu intento, a UDN não hesitou por vezes em provocar crises políticas, apelando eventualmente aos chefes militares ou à Justiça Eleitoral, a pretexto de ameaça de complô comunista ou nulidade da maioria simples nas vitórias da aliança PSD-PTB. Com o passar dos anos, a UDN viu diminuir sensivelmente sua importância eleitoral, em parte dada a expansão natural do proletariado industrial, mas igualmente em função do surgimento de novas correntes populistas.

(16) Vide DOCUMENTAÇÃO e Atualidade Política (9:outubro-dezembro 1978), Seção Especial: Programas dos Partidos Políticos, p. 48. Ver também VAMIREH CHACON. História dos Partidos Brasileiros: Discurso e Prática dos seus Programas. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1961, pp. 393-410.

(17) MARIA VICTORIA BENEVIDES. “A União Democrática Nacional” in FLEISCHER (org.): Os Partidos Políticos no Brasil, op. cit., pp. 90-108.

(18) Cf. PAULO CANABRAVA FILHO. Militarismo e Imperialismo in Brasil. Milano, Jaca Book, 1969, p. 50.

Os “constitucionalistas liberais” da UDN praticavam um reformismo bastante tímido, e por vezes demagógico, e que exprimia bastante bem os limites de seu programa de “redemocratização do sistema”, do qual pretendiam ser a pedra angular. Da “luta contra a corrupção” e contra o “sistema getulista”, o Partido passa rapidamente à “luta contra o comunismo”, isto é, a oposição radical ao populismo de massas. A “tentação populista” era, porém, forte demais no cenário político brasileiro, como o prova sua adesão à campanha presidencial de Jânio Quadros em 1960. Defensora de uma postura liberal em economia (em que pese a sua defesa do monopólio estatal do petróleo), a UDN foi injustamente acusada de ser o porta-voz dos interesses norte-americanos no Brasil⁽¹⁹⁾. Para isso contribuiu talvez o fato de o Partido ter inscrito em seu programa a necessidade de apelar para o capital estrangeiro “para o aproveitamento de nossas reservas inexploradas, dando-lhe tratamento equitativo e liberdade para a saída dos juros”⁽²⁰⁾.

No corpo de seu programa original (datado de 17 de agosto de 1945), a parte dedicada às “Relações Exteriores” resume-se a três curtos itens, afirmando a necessidade da política externa do Brasil inspirar-se: “a) no interesse da colaboração entre os povos e no sentimento da fraternidade humana; b) nos postulados das Nações Unidas; c) na integração da comunidade das Nações americanas”⁽²¹⁾. Em documento doutrinário divulgado posteriormente (1949), a parte relativa à “Política Exterior” permanece extremamente reduzida, mas cabe mencionar dois princípios inspirados na política de solidariedade continental: “2) Defender, sem prejuízo das relações com todos os povos, o desenvolvimento dos ideais pan-americanos; (. . .) 5) Contribuir para o constante aperfeiçoamento da política de boa-vizinhança”⁽²²⁾.

c) Partido Trabalhista Brasileiro

Do PTB pode-se dizer que ele é filho legítimo do “populismo varguista” e o herdeiro de sua política paternalista para com os trabalhadores urbanos. Concebido para preencher a função de um verdadeiro “Partido de massas”, o PTB permaneceu na verdade o aparelho político privilegiado através do qual a burocracia do Ministério do Trabalho e o Estado controlavam a classe trabalhadora e o movimento operário. Aos olhos de seus dirigentes, o PTB se destinava a pro-

(19) Cf. OCTAVIO IANNI. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil: 1930-1970*. Rio de Janeiro, *Civilização Brasileira*, 1977, p. 81.

(20) Cf. “União Democrática Nacional”, *DOCUMENTAÇÃO e Atualidade Política*, p. 28.

(21) *Idem*, p. 30.

(22) UNIAO DEMOCRÁTICA NACIONAL. *Programa*. Rio de Janeiro, s.e., 1949, p. 23. O opúsculo traz em sua página de rosto o célebre motto udenista: “O preço da liberdade é a eterna vigilância”.

toger o proletariado industrial da “influência malsã” do Partido Comunista, dotado de bases operárias em importantes centros urbanos. Em sua origem encontramos o aparelho sindical controlado pelos funcionários do Ministério do Trabalho, permanecendo inalterável a estrutura herdada do Estado Novo que fazia sempre possível a intervenção deste último nos sindicatos ⁽²³⁾.

Como no caso dos demais Partidos, “interesses contraditórios coexistiam no seio do PTB: enquanto sua base social estava firmemente ancorada no povo, ele representava os interesses de vários grupos sociais e particularmente os de duas frações da burguesia nacional”: os criadores e os industriais ⁽²⁴⁾. Ao mesmo tempo, a fração mais engajada do PTB defendia a necessidade de “reformas de base” — agrária, bancária, nacionalização de serviços e indústrias etc. — e de uma reformulação nas bases sociais de sustentação do Governo: contra um “Congresso conservador”, o apoio das entidades sindicais e de massa.

O **nacionalismo** era um dos principais trunfos políticos do PTB: o Partido procurava dar a essa ideologia uma base social mais ampla e por isso cortejava a classe operária de uma maneira ao mesmo tempo radical e temporizadora. Em meados dos anos 50, João Goulart afirmava numa reunião do Partido: “Nós, os trabalhadores, dispomos do direito legítimo e da autoridade de fato para exercer a função de vanguarda na luta nacionalista engajada pelo povo brasileiro” ⁽²⁵⁾.

Na verdade, os trabalhadores — e, de uma forma geral, a clientela urbana — serviam de massa de manobra para o PTB, em cuja direção figuravam quadros e homens políticos saídos da elite burguesa. “Apresentando-se como um Partido de esquerda, ele combatia os Partidos conservadores (UDN, PR), mas ao mesmo tempo fazia aliança com um Partido de centro que também era conservador, o PSD. O PTB desempenhou um papel essencialmente conciliador, mas ao longo do tempo tornou-se gradualmente um Partido nacionalista e **ideológico** — ainda que pouco estruturado.” ⁽²⁶⁾

Como de hábito, também o programa do PTB dedica reduzido espaço à “política externa”: apenas dois pontos num total de 33, agrupados em duas rubricas pelo menos curiosas: “Combate aos Regimes de Violência” e “Política de Compreensão e Ajuda entre as Nações”.

(23) LEÔNICIO MARTINS RODRIGUES. *Conflito Industrial e Sindicalismo no Brasil*, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1966, p. 164.

(24) Cf. CERQUEIRA. “Brazil”, in BERNARD. *Guide*, op. cit., p. 179.

(25) Citado por JOHN J. JOHNSON: “The Emergence of the Middle Sectors”, in ROBERT D. TOMASEK (ed.). *Latin American Politics: Studies of the Contemporary Scene*. New York, Anchor Books, 1966, p. 191.

(26) Cf. CERQUEIRA. “Brazil”, op. cit., p. 179.

No primeiro parágrafo é recomendada “ação permanente para que o totalitarismo (...) não possa reaparecer sobre a terra, considerando-se qualquer regime de força como um atentado à dignidade humana”. Nesse sentido, o PTB acreditava que as “relações amistosas com governos totalitários são um incentivo à existência dos regimes de violência do mundo”. O segundo parágrafo enfeixa um conjunto de afirmações vagas sobre a solidariedade internacional, a condenação da agressão armada, a defesa da paz e do primado da arbitragem, além da disposição do Brasil, quando solicitado, em ajudar outras nações “para a solução de seus problemas econômicos” (27).

d) Partido Democrata Cristão

Praticamente inexistente fora de São Paulo e Pernambuco, dividido entre tendências progressistas e conservadoras, o PDC não conseguirá jamais constituir-se em “Partido de massa”, apesar de adesões famosas como as do General Juarez Távora e, num certo momento, de Jânio Quadros. Foi aliás numa coalizão entre o PDC e PSB, contra uma aliança de todos os outros Partidos, que Jânio elegeu-se Prefeito de São Paulo pela primeira vez em 1953. O Partido apoiou a candidatura Quadros à Presidência e permaneceu ulteriormente no Governo Goulart, tendo feito inclusive dois Ministros de Estado (Paulo de Tarso na Educação e Franco Montoro no Trabalho). Sua ala conservadora participou entretanto do movimento de 1964 (28).

Um minúsculo capítulo, intitulado “Ordem Internacional”, orienta a “política externa” do PDC para a defesa da integração do Brasil na comunidade das nações e para a aplicação nas relações entre as nações dos “mesmos ideais, jurídicos e morais, que devem governar a vida interna das Nações” (29). Pode-se ainda ler no capítulo dedicado à “Ordem Econômica”, em seu item 5: “A política econômica internacional do Estado visa realizar uma cooperação mais efetiva entre as nações, na movimentação de produtos e capitais, e evitando todo exagerado protecionismo nacionalista” (30).

e) Partido Socialista Brasileiro

Constituído em 1947, a partir de elementos da esquerda democrática anteriormente na UDN, sem penetração real na classe operária, o PSB servia sobretudo de cobertura a intelectuais progressistas, a ex-militantes de esquerda — alguns deles trotsquistas — e de tribuna a liberais avançados que lutavam por reformas sociais. Escrito evidentemente por intelectuais, o programa do PSB representa um esforço estruturado de propostas políticas e sociais, com grande ênfase nas

(27) **DOCUMENTAÇÃO e Atualidade Política**, op. cit., p. 20.

(28) Cf. **CERQUEIRA**, op. cit., pp. 200-1.

(29) **DOCUMENTAÇÃO**, op. cit., p. 35.

(30) **Idem**, p. 33.

“reivindicações imediatas”, inclusive a adoção de um sistema legislativo unicameral funcionando em regime de Assembléia permanente. A “política externa” resume-se a pequeno parágrafo no capítulo “Organização Política” e está assim redigido: “A política externa será orientada pelo princípio de igualdade de direitos e deveres entre as nações, e visará o desenvolvimento pacífico das relações entre elas. Só o Parlamento será competente para decidir da paz e da guerra”⁽³¹⁾.

f) Partido Comunista

Apesar de não figurar entre os Partidos mais importantes, o PCB sempre teve uma posição de primeiro plano na vida política nacional, quer pelo seu impacto ideológico próprio, quer pelos mitos entretidos indiferentemente por aliados e adversários. Fundado em 1922, o PCB foi o único Partido brasileiro a ter sobrevivido ao Estado Novo, preservando seu caráter “nacional” e o único da América do Sul a ter tentado tomar o poder por meio de uma revolução violenta⁽³²⁾. Tendo conhecido apenas curtos períodos de legalidade e dispondo de um número reduzido de profissionais permanentes, o PCB exerceu, entretanto, uma influência política que supera sua simples força numérica; sua atração sobre os intelectuais foi importante durante todo o período do regime de 46; por outro lado, sua implantação efetiva na classe operária nunca correspondeu à influência real que ele sempre exerceu na organização sindical e no movimento operário.

Nas eleições congressuais de 1945, o PCB conseguiu eleger 14 Deputados e 1 Senador, tornando-se, pelo número de votos, o quarto Partido nacionalmente mais importante (entre nove Partidos representados no Congresso)⁽³³⁾. O candidato comunista à Presidência obteve quase 10% dos votos, chegando em terceiro lugar. As repercussões da guerra fria no Brasil e a conduta inábil de seus dirigentes — particularmente no que se refere às conexões internacionais — deram vez a que os líderes conservadores contestassem a legalidade e a legitimidade da representação do PCB. A decisão do TSE de cassar o registro eleitoral do PCB, tomada em maio de 1947, é acolhida pelo Congresso em princípios de 1948, sendo também cassados os mandatos de seus parlamentares.

(31) *Idem*, p. 24.

(32) A historiografia sobre o PCB, sobretudo a brasileira, nem sempre é isenta de vieses ideológicos. Dentre os textos estrangeiros, selecionamos: RONALD H. CHILCOTE. *The Brazilian Communist Party: Conflict and Integration, 1922-1972*. New York, Oxford University Press, 1974; BORIS GOLDENBERG. *Kommunismus in Latein Amerika*. Stuttgart, Kohlhammer, 1971, “9. Die kommunistische Partei Brasiliens, 1922-1985”, pp. 196-233; JOHN W. F. DULLES. *Brazilian Communism, 1935-1945: Repression during World Upheaval*. Austin, University of Texas Press, 1983.

(33) Cf. CERQUEIRA, *op. cit.*, p. 193.

As “condições internacionais” sempre ocuparam parte substancial dos programas dos Partidos Comunistas em todo o mundo, registrando-se sucessivas etapas da “crise mundial do capitalismo e do imperialismo” e o “avanço inevitável do sistema socialista”: com o PCB não era diferente⁽³⁴⁾. No caso do PCB, entretanto, torna-se difícil selecionar o texto efetivamente usado como fundamento da atividade político-partidária, uma vez que o programa original, redigido às pressas em agosto de 1945, diferia do “Programa mínimo de União Nacional” que os candidatos do PCB defenderam na campanha eleitoral de 1945. O “programa mínimo” propugnava, em todo caso, a “luta pela manutenção da paz mundial, pela ruptura de relações com os governos fascistas, especialmente da Espanha e Portugal; pela solidariedade das Nações Unidas, em apoio à Carta de São Francisco e da política de paz e colaboração sob a égide do Conselho de Segurança Mundial e das três grandes nações democráticas: Estados Unidos, Inglaterra e União Soviética”⁽³⁵⁾.

g) Outros Partidos

Diversos outros Partidos foram constituídos para as eleições de 1945 e de 1947, mas estes permaneceram pequenos e com reduzida importância eleitoral⁽³⁶⁾. O **Partido Libertador**, por exemplo, detinha bases quase que exclusivamente no Rio Grande do Sul e baseava sua propaganda política num ideal que alguns julgavam quixotesco para as condições brasileiras: o “parlamentarismo”. O pequeno mas intransigente PL possuía um programa conseqüente com seus princípios parlamentaristas, baseados em sólida argumentação jurídica. O último capítulo, dedicado à “Política Internacional”, dividia-se em dois subitens, o primeiro conclamando à constituição de uma “sociedade das nações”, o segundo enfatizando a “evitabilidade da guerra”. Registre-se a recomendação de “não-reconhecimento dos Governos ditatoriais”, o “combate a todas as formas de imperialismo e de dominação dos povos e das nações”, bem como o “combate aos cartéis e organizações econômicas internacionais que visem dominar os mercados ou a economia das nações”. Algo mais utópicas — mas, de toda forma, bem intencionadas — são as medidas preconizadas para a preservação da paz mundial, a saber, a decretação da “ilegalidade da guerra, reservado às Nações Unidas o direito do emprego da força entre os Estados, a fim de garantir a observância da lei e da justiça internacionais”; esse programa kantiano de paz universal contém ainda a

(34) Vide os textos em EDGARD CARONE. **O PCB (1943-1964)**. Volume II, São Paulo, Difel, 1982, pp. 40-57.

(35) Cf. CARONE, *idem*, p. 466; ver também CHACON. **História dos Partidos Brasileiros**, *op. cit.*, pp. 331-34, que reproduz um pretense programa de outubro 1945.

(36) Na Constituinte de 1946 estiveram representados os seguintes partidos, pela ordem de importância: PSD, UDN, PTB, PCB, PR, PL, PDC, FRP, e PPS.

recomendação para uma “progressiva restrição das forças militares nacionais aos limites compatíveis com a segurança interna, em benefício de uma poderosa força internacional estritamente obediente à ONU” (37).

O **Partido Social Progressista**, instrumento pessoal de Adhemar de Barros, deveria tornar-se o maior dos pequenos Partidos. Organizado apressadamente para as eleições de 1945, consolidado nas de 1947, buscando suas bases de apoio entre os homens de negócio, a classe média inferior e o proletariado em formação, fortemente concentrado regionalmente, o PSP constituiu-se no exemplo típico do Partido populista demagógico, escondendo uma política conservadora sob uma linguagem agressiva e cheia de promessas.

Um outro Partido de bases essencialmente regionais seria o **Partido Republicano**, que, apoiando-se na personalidade do ex-Presidente Arthur Bernardes e em setores oligárquicos de Minas Gerais e da Bahia, retomou um pouco da tradição e da força eleitoral dos antigos PRs estaduais da República Velha. Nos programas desses dois últimos Partidos não consta, entretanto, nenhuma menção à política externa.

Na ala direita, havia o **Partido de Representação Popular**, resíduo histórico da antiga Ação Integralista Brasileira — inspirada no fascismo mussolinista e no integralismo de Maurras —, que chegou a ter cerca de 600 mil seguidores entre 1932 e 1937 (38). Baseado fundamentalmente no Sul do País, o Partido de Plínio Salgado proclamava-se como autenticamente “nacionalista” e apresentava um programa sistemático e funcional, encaminhando “providências” que julgava “indispensáveis ao Povo Brasileiro”. Sua proposta para uma “Política Exterior”, muito bem estruturada e proporcionalmente a maior em todos os programas consultados, desce a tantos detalhes práticos — inclusive sobre o funcionamento do Instituto Rio Branco e a fundação de um Instituto de Estudos Interamericanos — que faz suspeitar da participação de algum intelectual da carreira diplomática em sua redação. A tônica do programa é dada pela busca de uma “política de confraternização americana, baseada (...) na identidade dos interesses de defesa recíproca e de defesa do hemisfério”, e de uma “política atlântica” cuja consequência seria a “continuação e fortalecimento de uma obra de efetivo intercâmbio com a Nação portuguesa e seu Império”. O alinhamento era expressamente recomendado: “... conciliação da política exterior brasileira com a dos Estados Unidos da América, hoje empenhados na consolidação da paz mundial e na defesa do nosso hemisfério, contra novas formas de imperialismo totalitário”. O PRP — ou seu obscuro mentor diplomático — não deixa também de preocupar-se com a ampliação do acervo cultural do Ministério das

(37) **DOCUMENTAÇÃO e Atualidade Política**, op. cit., p. 46.

(38) **CERQUEIRA**, op. cit., p. 205.

Relações Exteriores, recomendando a formação, “junto às Embaixadas ou legações acreditadas nos países cuja história mais diretamente se haja relacionado com a do Brasil, de um departamento destinado a examinar, mediante assentimento dos respectivos governos, os arquivos e bibliotecas, onde se encontre documentação utilizável pelos nossos historiadores, sociólogos e juristas. . .” (39); como se vê, obra de um verdadeiro amante da história e profissional consciencioso.

Diversos outros “Partidos Trabalhistas” constituíram-se durante o regime de 46. Destituídos de importância real, tomados isoladamente, eles buscavam aproveitar-se da herança deixada por Vargas no terreno da política social e da legislação trabalhista. Dos que dispunham de registro efetivo, cabe mencionar o Partido Social Trabalhista (PST), o Partido Trabalhista Nacional (PTN), o Partido Republicano Trabalhista (PRT) e o Movimento Trabalhista Renovador (MTR), todos dispostos de uma diminuta bancada federal e fortemente concentrados regionalmente. O **Partido Republicano Trabalhista**, do pastor metodista Guaracy Silveira, patrocinou a eleição ao Congresso do líder sindical comunista Roberto Morena, que defendeu as posições do PCB durante as discussões sobre o Acordo de Assistência Militar com os EUA, no Governo Vargas. O **Movimento Trabalhista Renovador**, por sua vez, foi fundado apenas em 1960 pelo dissidente petebista Fernando Ferrari e em seu programa político constava pequena menção a objetivos no “Plano Externo”: sublinhe-se, como reflexo do relativo sucesso alcançado então pelo movimento não-alinhado, a recomendação do MTR para uma “aproximação e entendimento com todos os países afroasiáticos, em defesa de uma posição independente, capaz de atuar como intermediária entre as grandes potências ou blocos político-militares, em defesa da paz, contra o colonialismo e o subdesenvolvimento econômico” (40).

4. Os Partidos Políticos na política externa

O **brazilianist** RONALD SCHNEIDER, em seu conhecido trabalho sobre os aspectos estruturais e institucionais da política externa brasileira, faz um julgamento severo sobre o papel dos Partidos na formulação da política externa:

“Os Partidos Políticos não são fatores significativos na elaboração da política externa (**foreign policy-making**). Em termos de influência, os Partidos variam entre a influência existente e a marginal. Mesmo antes de 1964, a política externa era mais uma responsabilidade do Executivo que uma preocupação partidária; dessa forma, as posições de política

(39) **DOCUMENTAÇÃO e Atualidade Política**, pp. 41-2.

(40) **PROGRAMA do Movimento Trabalhista Renovador** (s.l.: s.e., s.d.), p. 15.

externa de diversos Partidos pecavam por falta de coerência" (41).

Em que pese a esse diagnóstico pouco complacente, é preciso reconhecer que, durante o regime de 46, os Partidos Políticos atuaram de forma episódica, por vezes intensamente, sobre questões de política externa. A bem da verdade, deve ser ressaltado que essa atuação deu-se quase que exclusivamente por meio dos canais institucionais normais, isto é, através do Congresso e de suas respectivas comissões especializadas. Raramente os Partidos Políticos, mesmo os mais importantes, produziram seus próprios *inputs* em matéria de política externa, limitando-se, ao contrário, a reagir às mensagens executivas despachadas ao Congresso ou refletindo debates já em curso nos meios de comunicação social.

Assim, a atividade partidária em matéria de política externa confunde-se, via de regra, com o próprio desempenho das atividades congressuais correntes, consistindo no debate e na votação de projetos afetando de alguma forma as relações exteriores do Brasil ou aprovando atos internacionais firmados pelo Governo. Nessas tarefas, os membros dos diversos Partidos atuavam essencialmente como parlamentares e, mesmo no caso de haver orientação partidária sobre a matéria em tramitação, a disciplina doutrinária era frouxa. Normalmente, as lideranças da aliança governista do momento encaminhavam sem maiores dificuldades as votações em plenário, mas os Deputados e Senadores não deixavam de votar segundo suas próprias convicções pessoais. A inexistência de orientações partidárias estritas em matéria de política externa e a própria inconsistência e vaguidão programáticas nesse setor tornam difícil, senão impossível, classificar e alinhar os Partidos do regime de 46 em função de grandes opções em política externa.

Quer utilizemos ou não modelos teóricos sobre conflito e cooperação nas relações entre Executivo e Legislativo (42), não se pode deixar de sublinhar o alto grau de identificação entre ambos os Poderes no que concerne a atividade propriamente institucional ligada à política externa, isto é, o processo de discussão e aprovação legislativa dos atos internacionais firmados pelo Governo. No período em apreço, o Congresso aderiu perfeitamente às recomendações executivas no processo de apreciação dos atos internacionais que lhe foram submetidos. Levantamento realizado pelo Professor CACHAPUZ DE MEDEIROS, para a época de vigência da Constituição de 1946 (isto é, até 1967),

(41) RONALD M. SCHNEIDER. *Brasil: Foreign Policy of a Future World Power*. Boulder, Co., Westview Press, 1976, p. 137.

(42) Ver a esse respeito a tese de mestrado de SÉRGIO ABRANCHES. *O Processo Legislativo — Conflito e Conciliação na Política Brasileira*. Brasília, UnB, mimeo, 1973.

indica que dos 353 atos internacionais analisados pelo Congresso, apenas um foi emendado por iniciativa propriamente congressional no período anterior a 1964⁽⁴³⁾.

Deve ser igualmente ressaltado o alto grau de consenso interpartidário na apreciação das mensagens executivas relativas a atos internacionais. Estudo sobre o comportamento partidário no Governo Kubitschek revelou o mais alto grau de coalizão interpartidária — 100% de entendimento entre os principais Partidos: PSD, UDN, PTB e PSP — na votação de convênios e acordos internacionais⁽⁴⁴⁾. Aparentemente, pois, a oposição da UDN à coalizão PSD-PTB, característica do período juscelinista, não se reproduziu no terreno da política externa.

Entretanto, a participação institucional dos Partidos Políticos em temas de política externa não se limita, de forma alguma, ao simples processo de aprovação legislativa dos atos internacionais e, mesmo se assim fosse, os dados agregados sobre votações e coalizões partidárias não conseguem revelar a verdadeira trama dos debates parlamentares e a medida exata da aceitação ou recusa da política governamental nas relações exteriores pelos Partidos Políticos ou seus membros individuais atuando nas comissões especializadas do Congresso.

Cabe aqui fazer referência a um instrumento de trabalho congressional que exprime talvez com maior fidelidade o grau de interesse dos Partidos e/ou de parlamentares sobre temas específicos da agenda política: as Comissões Parlamentares de Inquérito e as Comissões Especiais de Investigação. Convocadas a pedido de apenas um terço de cada uma das Casas, as Comissões são mais suscetíveis de revelarem preocupações temáticas mais legitimamente partidárias (apesar das limitações impostas pelo controle das lideranças sobre sua composição e o teto numérico regimental para funcionamento simultâneo). Infelizmente, as evidências nesse terreno tampouco são de molde a indicar o interesse dos Partidos, ainda que moderado, por temas de política externa. Levantamento realizado para a Câmara dos Deputados revela que, no período de funcionamento dos Partidos de 46 (isto é, até 1965), das duas centenas de requerimentos solicitando a instalação de CPIs, apenas uma mera dezena tinha algo a ver, de perto ou de longe, com as relações exteriores do Brasil (empregando-se o conceito em seu sentido mais amplo, isto é, incluídos os requerimentos relativos a empresas estrangeiras, remessa de lucros, exportação de produtos brasileiros etc); desse total, apenas cinco poderiam legitimamente clas-

(43) Cf. MEDEIROS. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*, op. cit., p. 121.

(44) Ver MARIA IZABEL VALLADÃO DE CARVALHO. "O Comportamento Partidário durante o Governo Juscelino Kubitschek (1956-1961)" in FLEISCHER (org.): *Os Partidos Políticos no Brasil*, vol. I, op. cit., pp. 141-259, cf. pp. 245-6.

sificar-se na rubrica "política externa" *latu sensu* (45). Para maior surpresa ainda, verifica-se que, dessas cinco CPIs, apenas uma chegou a concluir seus trabalhos, mais exatamente a CPI instalada a pedido do Deputado Hermes Lima, em 1949, e destinada a "investigar as condições em que estão sendo liquidadas ou foram vendidas as sociedades pertencentes a súditos do Eixo, alemães ou japoneses e incorporadas pela legislação de guerra ao Fundo de Indenização". As outras quatro não chegaram a concluir seus trabalhos, inclusive a de nº 87/1957, solicitada pelo Deputado Seixas Dória e dedicada a "estudar, em geral, a política exterior do Brasil e a investigar, em particular, os resultados do "Acordo de Assistência Militar" celebrado em 15-3-52 entre o Brasil e os Estados Unidos" (46). Uma outra CPI, proposta em 1963 pelo então Deputado Leonel Brizola, destinada a "apurar se a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) está cumprindo a lei que disciplina a aplicação de capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior", tampouco concluiu seus trabalhos (47).

A ausência de CPIs sobre temas de política exterior parece assim indicar o caráter consensual da política externa governamental durante a maior parte do regime de 46. Na verdade, excetuando-se o notável entendimento congressual e partidário observado durante a maior parte do Governo Kubitschek (48), o período em tela foi altamente polêmico e fértil em debates parlamentares, aos quais não estiveram ausentes os temas de política externa. As relações econômico-financeiras externas e, em especial e com extrema ênfase, as relações bilaterais de caráter econômico e político com os Estados Unidos dominam evidentemente a pauta dos debates.

Não cabe, nos limites deste trabalho, uma análise detalhada dos debates congressuais relativos aos temas de política externa entre 1946 e 1964. Um levantamento minimamente satisfatório da atividade político-partidária nesse setor dependeria de extensa pesquisa nos **Anais** da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como nos **Anais** de suas respectivas Comissões de Relações Exteriores, tarefa que ultrapassa a capacidade de trabalho de um pesquisador isolado.

Caberia, contudo, uma referência, ainda que passageira, aos grandes temas de política externa dessa época, indicando-se, onde possível, a interação político-partidária. Sem pretender esgotar a lista dos pro-

(45) **CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissões Parlamentares de Inquérito, 1946-1982.** Brasília, Centro de Documentação e Informação, 1983, pp. 17-119.

(46) **Idem**, p. 52.

(47) **Idem**, p. 86: Resolução 19/63 (DCN-I, 31-5-63, p. 2.812) e Relatório (DCN-I, 19-1-68, p. 128).

(48) Remetemos obrigatoriamente ao estudo de **MARIA VICTÓRIA DE MESQUITA BENEVIDES. O Governo Kubitschek: Desenvolvimento Econômico e Estabilidade Política, 1956-1961.** Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.

blemas, os temas seguintes seriam suscetíveis de pesquisa e análise a partir das fontes congressuais:

a) Governo Dutra

1) *Reunião da Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz e da Segurança no Continente*, realizada em Petrópolis, de 15 de agosto a 2 de setembro de 1947, com a presença do Presidente Truman, cuja visita Dutra retribuiria. Assinou-se Tratado de Assistência Recíproca, multilateral regional, e instituiu-se a Comissão Mista Brasil-Estados Unidos⁽⁴⁹⁾. Anteriormente, em agosto de 1946, o Rio de Janeiro havia recebido a visita do General Eisenhower, homenageado com vibrantes discursos no Congresso⁽⁵⁰⁾.

2) Cessação de Relações Diplomáticas com a URSS, anunciada em 21 de outubro de 1947⁽⁵¹⁾. Assinale-se que, em 7 de maio desse ano, o Tribunal Superior Eleitoral cassava o registro do PCB⁽⁵²⁾, e que a cessação intervém pouco depois da Conferência de Petrópolis, o que não deixou de ser denunciado na tribuna do Congresso Nacional pela bancada comunista (os mandatos dos parlamentares do PCB só foram cassados em princípios de 1948).

3) Missão Abbink: estabelecida no Rio de Janeiro, em setembro de 1948, em consequência das conversações entre Dutra e Truman um ano antes, a **Joint Brazil-United States Technical Commission**, chefiada por John Abbink pelo lado americano, deveria estudar os fatores que dificultavam o desenvolvimento econômico do Brasil e “considerar medidas destinadas a encorajar o fluxo de capital privado para o Brasil”⁽⁵³⁾.

b) Governo Vargas

4) Comissão Mista Brasil-Estados Unidos para o Desenvolvimento Econômico: resultante de acordo celebrado em 19 de dezembro de 1950, a Comissão funcionou entre julho de 1951 e julho de 1953, coincidindo com a IV Reunião de Consulta dos Ministros das Relações

(49) Cf. HÉLIO DE ALCANTARA AVELLAR. *História Administrativa e Econômica do Brasil*. Rio de Janeiro, MEC/FENAME, 1976, p. 297.

(50) MONIZ BANDEIRA transcreve o pitoresco da história: “O ex-Chanceler Otávio Mangabeira, então como Deputado pela UDN, beijou-lhe a mão, publicamente, numa atitude espetacular de humildade e servilismo, que o Congresso aprovou”. Cf. *Presença dos Estados Unidos no Brasil: Dois Séculos de História*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1973, p. 311.

(51) HÉLIO SILVA. 1945: *Porque Depuseram Vargas*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1976, pp. 376-82; ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público, 1941-1960*. Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 1984, pp. 358-9.

(52) Cf. HÉLIO SILVA, *op. cit.*, pp. 383-434.

(53) PEDRO S. MALAN et alii. *Política Econômica Externa e Industrialização do Brasil: 1939-1952*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1980, pp. 29 e 47-59.

Exteriores das Repúblicas Americanas (março de 1951, em Washington) e com a deflagração da Guerra da Coréia, em função da qual o Governo americano solicitou o apoio brasileiro⁽⁵⁴⁾. A Comissão foi encerrada por iniciativa da nova Administração republicana (Eisenhower-Dulles)⁽⁵⁵⁾.

5) Criação da Petrobrás: o Projeto de Lei, submetido por Vargas ao Congresso em dezembro de 1951, foi intensa e apaixonadamente discutido, tendo sido sancionado em versão bastante modificada (Lei nº 2.004). A UDN votou a favor do monopólio estatal e apresentou projeto de nacionalização de refinarias particulares; o debate parlamentar polarizou-se entre “nacionalistas” e “entreguistas”, sem que se possa traçar fronteiras partidárias entre os dois grupos⁽⁵⁶⁾.

6) Acordo de Assistência Militar entre o Brasil e os Estados Unidos: assinado no Rio de Janeiro em 15 de março de 1952⁽⁵⁷⁾, foi talvez o tema mais debatido no Congresso dentre as iniciativas do Executivo em matéria de política externa. Aprovado em votação final em 10-3-53, esse Acordo dividiu a maioria das bancadas partidárias⁽⁵⁸⁾.

7) Capital Estrangeiro: a Lei nº 1.807 e a Instrução nº 70, da SUMOC, de janeiro de 1953, tentam estimular a mobilização de recursos externos em setores prioritários, com tratamento diferenciado conforme o grau de essencialidade; os mecanismos fundamentais foram a eliminação das restrições à remessa de juros e dividendos e as taxas múltiplas de câmbio, favoráveis ao investidor estrangeiro⁽⁵⁹⁾. No Governo Café Filho, a CACEX emite a famosa Instrução 113, de 17-1-55, dando licenciamento de importações sem cobertura cambial a investimentos estrangeiros no País⁽⁶⁰⁾.

(54) *Idem*, p. 60.

(55) Cf. SKIDMORE. *Brasil: de Getúlio a Castello*, op. cit., p. 162.

(56) Grande parte dos debates parlamentares está reproduzida em MARIO VICTOR. *A Batalha do Petróleo Brasileiro*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970, esp. “Quarta Parte — A Petrobrás”, pp. 285-400. Ver também PETER SEABORN SMITH. *Petróleo e Política no Brasil Moderno*. Rio de Janeiro, Artenova-UnB, 1978.

(57) Cf. AVELLAR. *História Administrativa*, p. 301.

(58) As intervenções dos congressistas estão reproduzidas em MONICA HIRST (coord.). *Debate na Câmara dos Deputados, 1951-1954: Coletânea de Textos s.l., Convênio CPDOC/MRE, polycopiado, 1984*, pp. 6-63. O processo de aprovação legislativa do Acordo de Assistência Militar com os Estados Unidos justificaria, por si só, um pormenorizado estudo de caso, no quadro da interação focalizada neste trabalho.

(59) Cf. AVELLAR, op. cit., pp. 298-9; EDGARD CARONE. *A Quarta República (1945-1964)*, Documentos. São Paulo, Difel, 1980, pp. 375-78.

(60) CARONE, *idem*, pp. 378-80. Ver também PINTO FERREIRA. *Capitais Estrangeiros e Dívida Externa do Brasil*. São Paulo, Brasiliense, 1965.

c) Governo Kubitschek

8) Política Econômica e Capital Estrangeiro: o desdobramento da Instrução 113 em decreto de 1957, incorporando as facilidades cambiais já concedidas aos investidores estrangeiros, foi importante componente da política governamental juscelinista, fortemente comprometida com a industrialização substitutiva. “O núcleo da política econômica de Kubitschek consistiu na congregação da iniciativa privada — acrescida substancialmente de capital e tecnologia estrangeiros — com a intervenção contínua do Estado, como orientador dos investimentos através do planejamento” (61). Mas a entrada em massa do capital estrangeiro foi a principal fonte de oposição à política econômica, conduzida de forma virulenta no final do Governo, sobretudo pela Frente Parlamentar Nacionalista (62).

9) Crise de Suez e Contingente brasileiro: cooperando com a Força de Paz da ONU, o Governo brasileiro decidiu enviar tropas para o teatro de operações. Em ambas as Casas do Congresso, debateu-se intensamente a conveniência e a oportunidade de ser atendido o apelo da ONU (63).

10) Operação Pan-Americana: em carta a Eisenhower, Kubitschek propôs um ambicioso programa de desenvolvimento econômico multilateral, a longo prazo, com o apoio dos Estados Unidos e envolvendo toda a América Latina (64); recebida algo friamente a princípio, a iniciativa só chegou a vingar na Administração seguinte, quando a “ameaça cubana” foi fator decisivo no lançamento da “Aliança para o Progresso” (65).

11) Relações com o FMI: o conflito entre o Programa de Metas de Kubitschek e o Plano de Estabilização Monetária e de saneamento financeiro, tal como propostos pelo FMI, resultou em inevitável impasse na área político-partidária. Designado bode expiatório, o FMI era acusado de fazer “exigências irrealistas” para uma economia em desenvolvimento como a do Brasil. Se o rompimento com o FMI, em junho de 1959, trouxe dividendos ao Governo, inclusive no Congresso, serviu ao mesmo tempo para acirrar a oposição udenista (66).

(61) Cf. BENEVIDES. *O Governo Kubitschek*, op. cit., p. 202.

(62) *Idem*, pp. 236-8.

(63) Cf. TRINDADE, *Repertório, 1941-1960*, op. cit., pp. 298-307.

(64) SKIDMORE, op. cit., pp. 215 e 222.

(65) O texto de lançamento da OPA está reproduzido em CARONE. *A Quarta República*, op. cit., pp. 125-130. A Carta de Kubitschek é de 20-6-58.

(66) SKIDMORE, pp. 223-5; BENEVIDES, p. 222; CARONE, pp. 139-141; a visão de esquerda está em BANDEIRA. *Presença dos Estados Unidos*, op. cit., pp. 397-8. No quadro das iniciativas diplomáticas do Governo Kubitschek, caberia ainda fazer menção aos chamados Acordos de Roboré, entre Brasil e Bolívia, consistindo de 20 Notas reversais firmadas em 29-3-58, que provocaram forte impacto no Congresso Nacional; ver MEDEIROS. *O Poder Legislativo*, op. cit., pp. 144-5.

d) Governos Quadros—Goulart

12) Política Externa Independente: esta materializou-se sobretudo a partir do reatamento de relações diplomáticas com a URSS, a intensificação dos laços comerciais com os países socialistas, a recusa à política de isolamento de Cuba do sistema interamericano e a adoção de uma política anticolonialista e de afirmação do princípio da não-intervenção. A primeira medida, em especial, provocou aceso debate a nível parlamentar e partidário⁽⁶⁷⁾.

13) Relações com o Capital Estrangeiro: no período em tela, dois temas principais mobilizaram a atenção dos parlamentares e dos Partidos no que se refere a esse aspecto das relações econômicas externas do Brasil: a Lei de Remessa de Lucros e o Acordo de Garantias de Investimento com os Estados Unidos. O primeiro tema ocupou a atenção do Congresso entre 1961 e 1962, resultando na Lei nº 4.131, de 3-9-62, posteriormente modificada no Governo Castello Branco⁽⁶⁸⁾. Quanto ao Acordo de Garantias, apresentado uma primeira vez em 1957 (tendo então recebido parecer negativo do Itamarati), reapresentado em 1962 pelas mãos do então Embaixador Roberto Campos, foi finalmente assinado em fevereiro de 1965 e aprovado com “ressalva” do Congresso em julho desse ano⁽⁶⁹⁾.

O período do pluripartidarismo no Brasil é, pois, fértil em debates parlamentares sobre temas de política externa, com especial ênfase sobre os de natureza econômica e financeira, vale dizer sobre aspectos específicos das relações com os Estados Unidos.

A política externa passa também a ganhar maior consistência e importância na atividade propriamente partidária, o que pode ser indiretamente aferido pelo aumento do espaço concedido a essa rubrica nas revisões dos programas que alguns partidos efetuaram a partir do Governo Kubitschek.

A UDN, por exemplo, em novo programa divulgado em 1957, introduz diversas modificações em relação ao texto de 1945: além de

(67) Ver SAN TIAGO DANTAS. *Política Externa Independente*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1962, “Discurso pronunciado na Câmara dos Deputados, em 13 de novembro de 1961”, pp. 45-101. AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO. *Evolução da Crise Brasileira*. São Paulo, Nacional, 1965, pp. 244-58. CARONE. *A Quarta República*, op. cit., pp. 172-4. TRINDADE. *Repertório, 1961-1981*, pp. 349-53.

(68) AVELLAR. op. cit., pp. 317-8. OSNY DUARTE PEREIRA. “A Lei de Remessa de Lucros no Brasil”, *Revista Civilização Brasileira* (n.º 15: setembro 1967: 201-11). PINTO FERREIRA. *Capitais Estrangeiros*, op. cit., pp. 227-230.

(69) EUZÉBIO ROCHA. *Brasil, País Ameaçado e o Acordo de Garantias*. São Paulo, Editora Fulgor, 1965, pp. 146-190. MEDEIROS. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*, op. cit., p. 121.

preconizar — antecipando ironicamente sobre a História — o sistema parlamentar de Governo, defender a necessidade de uma reforma agrária e da livre associação sindical, o Partido explicita e aprofunda a sua “política externa”. Assim, a UDN afirma-se pela “solidariedade [do sistema continental] fundada no exercício efetivo da Democracia Representativa” e sustenta uma “posição de independência e defesa da soberania nacional”. Os liberais da UDN vinculam ademais o anticolonialismo à luta contra o comunismo: “Certa de que o combate ao comunismo depende consideravelmente da integração democrática dos países subdesenvolvidos, a UDN defende a posição anticolonialista como fator do desenvolvimento necessário à luta anticomunista e à vitória da democracia e da paz” (70).

O PDC, por sua vez, no programa revisado de 1961, atualiza suas posições em relação aos temas do momento: o nacionalismo, o colonialismo e o imperialismo. Adota o nacionalismo como “ponto fundamental de sua atuação política imediata” e preconiza, entre outros pontos: “...

2) a libertação dos países subdesenvolvidos e a composição de bloco de países latino-americanos voltados contra as opressões dos imperialismos; 3) a necessidade da união dos povos livres contra o colonialismo sufocador da liberdade; ... 6) o comércio e relações diplomáticas com todos os povos; ... 8) combate às remessas indiscriminadas de fundos, juros e lucros para o exterior...” (71).

Com a adoção do sistema parlamentar de Governo em 1961, o PSD reformula seu programa doutrinário, propondo entre outras medidas reforma eleitoral, reforma agrária moderada e a manutenção de “clima propício à entrada de capitais externos”. Quanto aos “Rumos da Política Externa”, o PSD recomendava então “perseverar numa estrita linha de independência, sem prejuízo, porém, dos nossos notórios compromissos de solidariedade com o mundo ocidental, democrático e cristão”, bem como “preservar a geral amizade e a fundamental solidariedade interamericana, dentro da Organização dos Estados Americanos” (72).

Em conseqüência da nova relação de forças criada com as eleições de 1962 e dos alinhamentos ideológicos que atravessavam então as fronteiras partidárias, a **Frente Parlamentar Nacionalista** supera sua relativa inorganicidade do período Kubitschek para firmar, em princípios de 1963, um “fermo de Compromisso” que faz as vias de documento programático. Além de afirmar a necessidade de um “desenvolvimento econômico independente”, que deveria basear-se,

(70) Cf. CHACON. *História dos Partidos Brasileiros*, op. cit., p. 427.

(71) *Idem*, p. 473.

(72) *Idem*, p. 415.

entre outras coisas, na "rigorosa aplicação da lei que limita as remessas de lucros para o exterior", esse documento defendia explicitamente uma "política externa independente", provavelmente em grande parte compatível com a que vinha sendo praticada na época: defesa da paz e da convivência pacífica, afastamento do Brasil de qualquer bloco militar, autodeterminação e não-intervenção e entendimento com os países da América Latina e da África⁽⁷³⁾.

5. A política externa sem Partidos Políticos

Dentre as inúmeras modificações introduzidas no sistema político do País pelo movimento militar de abril de 1964, a primeira sem dúvida foi a alteração da correlação de forças a nível congressual, com a cassação dos mandatos de cerca de quarenta parlamentares, afetando o peso relativo das diversas bancadas federais. O PTB e as correntes nacionalistas foram os principais atingidos pelas primeiras medidas de exceção, o que levou um observador a caracterizar o novo regime de "ditadura da UDN".

O sistema partidário pluralista — que muitos reconheciam ter-se fracionado em demasia — resistiria ainda dezoito meses mais, até ser extinto pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965⁽⁷⁴⁾. Foram fechados todos os Partidos então existentes, num total de treze, inclusive o **Partido da Boa-Vontade** de Alziro Zarur.

"Dois Partidos surgiram com a dissolução dos treze anteriores: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). O primeiro reunindo basicamente udenistas e pessedistas, com adesistas dos mais variados tipos, e o segundo unindo os discordantes do golpe-revolução de 1964, sobretudo petebistas, com alguns pessedistas, raros udenistas e demais"⁽⁷⁵⁾.

O novo quadro partidário não alterou fundamentalmente a interação entre o sistema de Partidos e o Executivo a nível do processo decisório: os Partidos Políticos, enquanto tais, sempre desempenharam um papel secundário na formulação e na execução das decisões políticas. O grau de personalização do jogo político reduziu-se, evidentemente, com o fechamento do leque partidário, mas a diversidade de interesses, a predominância das oligarquias regionais e a indefinição ideológica continuaram a marcar os dois novos Partidos.

(73) *Idem*, pp. 477-8.

(74) CERQUEIRA, "Brazil", *op. cit.*, pp. 208-9; CHACON, *História*, pp. 188-9.

(75) CHACON, *idem*, p. 181. O Ato Complementar n.º 4 estipulava na verdade a exigência de que cada "organização contasse com pelo menos 120 Deputados e 20 Senadores, o que quase impossibilitou a formação do MDB", cf. CERQUEIRA, p. 228.

A estrutura da representação alterou-se, contudo, com o desaparecimento de Partidos regionais ou de base local e a impossibilidade de pactos e alianças interpartidárias. As negociações políticas tornaram-se mais difíceis. Com a intensificação da oposição civil e religiosa ao novo regime, a crise política latente desemboca em crise militar e nova intervenção "saneadora": em dezembro de 1968 o Congresso é declarado suspenso e 38 Deputados federais e 2 Senadores têm seus mandatos cassados. Algumas semanas depois, mais 3 Deputados federais e uma centena de Deputados estaduais perdem seus cargos, o que reduz consideravelmente o "ímpeto oposicionista" do Partido de oposição oficial (76).

As diversas fases e etapas do processo político "semi-autoritário" do período bipartidista tornam difícil a singularização das principais tendências em matéria de intervenção partidária na política externa. A política externa revela igualmente inflexões significativas em cada Governo, em função do cenário político predominante em cada subperíodo: o movimento de 1964 trouxe, de certo modo, um retorno aos padrões tradicionais de ação política externa, mas cada um dos Governos "revolucionários" traz suas próprias prioridades na formulação de linhas específicas para as relações exteriores do Brasil (77).

Como regra geral, pode-se dizer que a já diminuta influência dos Partidos na elaboração ou no controle da política externa do Executivo é reduzida ao extremo. Como diz SCHNEIDER, "em nenhum momento, a partir de sua inauguração simultânea em 1966, seja o Partido governamental, ARENA, seja o de oposição tolerada, MDB, atuaram como canal efetivo para a formulação ou execução da política externa" (78).

A influência dos Partidos na política externa torna-se, assim, inversamente proporcional ao importante espaço agora concedido ao tema nos programas respectivos da ARENA e do MDB. O "capítulo" sobre Política Externa já não ocupa o último lugar nos documentos programáticos e tampouco limita-se à enunciação formal de alguns poucos princípios doutrinários, desvinculados de objetivos práticos, como parecia ser o caso no período pluripartidarista. Tanto para a

(76) CERQUEIRA, pp. 225-6 e 231.

(77) Para uma caracterização específica da política externa brasileira nos dez primeiros anos do regime de 64 — e os diferentes rótulos apegados em cada subperíodo: "diplomacia dependente", "diplomacia da prosperidade conjunta", do "interesse nacional" e o "pragmatismo ecumênico e responsável" — ver CARLOS ESTEVAM MARTINS. *Capitalismo de Estado e Modelo Político no Brasil*. Rio de Janeiro, Graal, 1977, "3.ª Parte: A Evolução da Política Externa, 1964-1974", pp. 361-425. A análise das diferentes estratégias de ação externa é feita em WILLIAM PERRY. *Contemporary Brazilian Foreign Policy: the International Strategy of an Emerging Power*. Beverly Hills/London, Sage Publications, 1976.

(78) Cf. SCHNEIDER. *Brazil: Foreign Policy*, op. cit., p. 137.

ARENA como para o MDB, passa-se ao estabelecimento de definições claras na área da política externa, com a conseqüente formulação de objetivos setoriais condizentes com as preocupações básicas de cada Partido.

O programa da ARENA é, formal e substantivamente, mais bem elaborado que o do MDB, bastante avançado, aliás, em relação às posições efetivamente assumidas pelo Partido governamental em sua prática corrente. Redigido provavelmente por especialistas, os capítulos dedicados à política social, à política externa, à questão da energia, à ciência e tecnologia e à informática revelam conhecimento preciso de determinados temas e preocupações objetivas bastante louváveis num Partido que já dispunha de bases institucionais de sustentação política, asseguradas de fato pelo regime em vigor.

O Capítulo III do programa da ARENA, versando sobre "Soberania Nacional", dedica 3/4 de seu espaço total a questões de política externa, que o Partido entende deva ser "pragmática, ecumênica e flexível, consciente dos deveres da Nação para com o progresso da humanidade e a paz mundial, orientada pelos princípios da solidariedade internacional e continental, atenta aos interesses do País, particularmente no que diz respeito às relações de comércio e à cooperação econômica e tecnológica" (79). Os pontos 6 e 7 demonstram a inequívoca participação de especialistas em sua redação; o primeiro diz ser tarefa do Partido propugnar para "propiciar a efetiva participação do Brasil no sistema democrático de estilo ocidental, notadamente com referência a uma política de entendimento [e] de cooperação permanente com os países em desenvolvimento da América Latina, da África e da Ásia", devendo o Brasil atuar "sempre em função do interesse nacional e sem condicionar sua ação a alinhamentos automáticos com qualquer país ou grupo de países"; o segundo vincula, de forma explícita mas não declarada, o programa da ARENA a formulações teóricas extraídas diretamente do pensamento de ARAÚJO CASTRO: "prosseguir na ação diplomática eficiente e efetiva de modo a impedir o congelamento do poder mundial em reduzido e hermético grupo de nações" (80). Finalmente, o décimo ponto traduz a preocupação do Partido, e por extensão do regime, com a reputação do Brasil no exterior, propugnando "ação diplomática para corrigir e evitar deformações da imagem do País no exterior" (81).

(79) DOCUMENTAÇÃO e Atualidade Política, pp. 68-9; CHACON. *História dos Partidos Brasileiros*, op. cit., pp. 489-90. Não há menção de data, mas indícios de natureza substantiva permitem situar a elaboração do programa da ARENA nos primórdios da "era Geisel".

(80) DOCUMENTAÇÃO, p. 68; CHACON, p. 490.

(81) *Idem*, loc. cit.

O programa original do MDB, provavelmente redigido no final da década de 60, ainda que prioritariamente dedicado à política interna e, mais particularmente, à luta pela reconstitucionalização e redemocratização da vida política brasileira, não deixa de reservar espaço adequado a questões de política externa, numa postura ao mesmo tempo nacionalista e equilibrada. Após denunciar “o processo de lenta e insidiosa submissão das atitudes e atos do governo brasileiro aos interesses do balanço de poder que se pretende impor ao mundo”, o programa do MDB condena “a continentalização” do conceito de segurança, elaborado por minoria de tecnocratas e que visa, afinal, a integrar a segurança do Brasil no esquema de segurança do mais poderoso País americano”. O Partido preconiza então uma “política externa independente e de afirmação nacional”, a “rigorosa aplicação de medidas que visem a impedir a transferência de recursos nacionais para o estrangeiro” [cf. o programa da Frente Parlamentar Nacionalista] e a “defesa da soberania nacional... contra qualquer tipo de imperialismo, inclusive o imperialismo internacional do dinheiro” (82).

O programa do MDB de 1972, bem mais elaborado, comporta uma análise detalhada da realidade brasileira, um diagnóstico de seus principais problemas, com ênfase na perversidade do modelo econômico, e um programa amplo de ação política e econômico-social. A parte dedicada à política externa repete, em grande parte, o programa anterior, notando-se, aqui e ali, pequenas correções, acréscimos ou supressões: assim, ao ponto onde se condenava a “criação, na América Latina, de organismos militares supranacionais”, agregou-se “e organizações ideológicas de fim subversivo” (83). Por outro lado, se foi preservado o princípio da “solidariedade aos povos subdesenvolvidos na luta contra o colonialismo”, eliminou-se do segundo programa a menção ao “resguardo da soberania nacional contra os efeitos da doutrina de fronteiras ideológicas” (84).

De uma forma geral, esses programas revelam, tanto por parte da ARENA como do MDB, uma adequação doutrinária ao contexto político nacional e internacional do momento, bem como a adesão de cada Partido a um conjunto de valores típicos de seus grupos respectivos de filiação ideológica: a “ideologia do desenvolvimento com segurança”, por um lado, o “nacionalismo desenvolvimentista”, por outro. Se o programa da ARENA revela, **grosso modo**, o desejo de instrumentalizar a política externa para a maximização do objetivo prioritário, que é o desenvolvimento com segurança já referido, o do MDB

(82) CHACON, *op. cit.*, pp. 500 e 507; Chacon data esse programa de 1966, o que nos parece equivocado; cf. Sumário, p. 7.

(83) *Idem*, pp. 507 e 525.

(84) CHACON, pp. 508 e 525.

evidencia a preocupação básica dos nacionalistas com a defesa da soberania nacional e a preservação da integridade territorial (ameaçada num instante por supostos projetos de "internacionalização da Amazônia").

Mas, como dissemos, o esforço programático é inversamente proporcional à capacidade de intervenção na esfera da **praxis**. Os Partidos Políticos são mantidos à margem das principais questões da política internacional do Brasil, em que pese à intensidade dos debates parlamentares durante a primeira fase do regime de 64.

Nessa primeira fase, e sobretudo durante o sistema multipartidário, o debate é concentrado no problema das relações com os Estados Unidos, culpados, aos olhos dos nacionalistas, de intervenção descarada nos assuntos internos do Brasil. Duas questões sobressaem-se nesse contexto: o já referido Acordo de Garantia de Investimentos, que precisou aguardar clima propício para sua conclusão, e a participação brasileira na Força de Intervenção da OEA na República Dominicana⁽⁸⁵⁾. O decreto que criou o "Destacamento Brasileiro da Força Armada Interamericana" foi objeto de intenso debate nas duas Casas do Congresso, tendo sido aprovado pela maioria governamental (PSD, UDN), apesar da oposição de um prócer da UDN como o Senador Afonso Arinos⁽⁸⁶⁾.

Na época do bipartidarismo, o decreto de ampliação do mar territorial brasileiro, promulgado em clima de euforia nacionalista em 1970, recebeu inequívoca e entusiástica aprovação por parte de ambos os Partidos⁽⁸⁷⁾. O MDB, apesar de naturalmente avesso à política externa do Governo Médici, chegou a inscrever em seu programa de 1972 a frase peremptória seguinte: "O MDB não admite qualquer alteração restritiva no limite de 200 milhas, estabelecido para o mar territorial brasileiro"⁽⁸⁸⁾.

No contexto das relações Brasil-Portugal-África Portuguesa, a linha divisória é representada pela Revolução dos Cravos em Portugal, bastante bem acolhida na comunidade ligada às relações exteriores

(85) Cf. SKIDMORE, *op. cit.*, pp. 397-8. Não se pode tampouco esquecer a alteração da Lei regulamentando a remessa de lucros (ou Estatuto do Capital Estrangeiro) pelo Governo Castelo Branco; cf. AVELLAR, *op. cit.*, pp. 317-8.

(86) Transcrição parcial dos debates parlamentares em TRINDADE. *Repertório*, 1961-1981, pp. 62-67 e 313-322.

(87) TRINDADE, *op. cit.*, pp. 201-3.

(88) CHACON, *op. cit.*, p. 519. Ver também os já citados números especiais da *Revista de Ciência Política* (abril de 1975 e dezembro de 1978) com as referências aos discursos partidários sobre política externa durante a Legislatura 1971-1974.

na medida em que libertava o Governo brasileiro do terrível ônus de sustentar a política colonialista portuguesa na África. O reconhecimento da Guiné-Bissau, do Governo instalado em Luanda e o ulterior estabelecimento de relações diplomáticas com Moçambique coroam o processo de normalização e unificação do discurso externo sobre o *colonialismo*.

Em intervenção sobre esse tema, a 12 de setembro de 1974, o então Senador José Sarney (ARENA — MA) resumia bastante bem o incômodo da posição brasileira no período imediatamente anterior:

“Confesso hoje, ao Senado Federal, que, algumas vezes, tive a oportunidade de ficar nas Nações Unidas profundamente constrangido quando via que, em algumas resoluções, quase todos os países votavam contra ou pela abstenção, e nós éramos obrigados a ficar a favor de Portugal e nos levantávamos muitas vezes quatro; (...) eram a África do Sul, a Espanha, Portugal e o Brasil... (...) Evidentemente que a posição brasileira era de extrema dificuldade, mas nós, hoje, devemos reconhecer que o Itamaraty cumpriu, talvez silenciosamente, uma missão e fez um trabalho que, hoje, já sabemos o quanto rendeu para o Brasil. ... o Itamaraty cumpriu, digamos assim, uma missão diplomática pessoal, através de seus Embaixadores... explicando aos portugueses as dificuldades da nossa posição e fazendo com que os africanos compreendessem as nossas dificuldades, embora eles não as pudessem justificar. Mas foi essa política persistente de não extremar... que nos fez não entrar na lista dos embargos de petróleo, quando, na crise do Oriente Médio, árabes e africanos ameaçaram de sanções os países comprometidos com o colonialismo. (...) Não devemos esquecer o esforço do Itamaraty, de sua equipe, nessa visão profética a que nos levaria uma cega adesão à ditadura portuguesa deposta”⁽⁸⁹⁾.

Ao mesmo tempo em que estabelecia relações diplomáticas com os novos países africanos de expressão portuguesa, o Governo Geisel, em gesto aplaudido pelos dois Partidos (em que pese a reações contrárias repercutidas no Congresso), decidia-se pelo estabelecimento de relações diplomáticas com a República Popular da China. A assinatura do Acordo de Cooperação Nuclear com a Alemanha Federal despertou, como seria de se esperar, forte debate nas duas Casas do Congresso, mas a maioria governamental garantiu tranqüila aprovação legislativa⁽⁹⁰⁾.

(89) TRINDADE. *Repertório*, 1961-1981, pp. 86-7; ver também pp. 148-9.

(90) Não se deve contudo esquecer que, nas eleições de 1974, o MDB conseguiu eleger 16 Senadores, reduzindo assim a maioria automática do Governo.

Finalmente, cabe mencionar, ainda no contexto do bipartidarismo, as repercussões, a nível congressual, da nova fase nas relações bilaterais com os Estados Unidos, marcadas por iniciativas do Governo Carter em matéria de direitos humanos e de proliferação nuclear, e a imediata resposta do Governo Geisel, em março de 1977, comunicando a denúncia do Acordo de Assistência Militar de 1952⁽⁹¹⁾. O MDB solidarizou-se com a posição do Governo, tendo mesmo uma parcela do Partido prestado total e irrestrita solidariedade ao Governo Geisel.

No campo propriamente institucional, no período do bipartidarismo, o Legislativo continuou a dar seu assentimento para a ratificação dos atos internacionais que lhe foram submetidos através de mensagens executivas, destacando-se, pela sua importância, dois acordos no setor nuclear: o Acordo para a Aplicação de Salvaguardas entre o Brasil, os Estados Unidos e a Agência Internacional de Energia Atômica, de 10 de maio de 1967, e o já mencionado Acordo sobre Cooperação Nuclear com a Alemanha Federal, de 27 de junho de 1975⁽⁹²⁾. Diversos outros atos internacionais ratificados pelo Executivo deixaram contudo de receber aprovação legislativa, seja porque o Congresso encontrava-se em recesso compulsório, seja pela decisão do Governo de adotar a prática de acordos em forma simplificada⁽⁹³⁾.

O controle legislativo — e, eventualmente, partidário — sobre a política externa do Executivo pôde também ser exercido, como já se disse, por meio de CPIs. No âmbito da Câmara dos Deputados, durante o bipartidarismo, foram aprovados cerca de 70 resoluções e requerimentos solicitando a instalação de CPIs sobre temas diversos. Nenhuma dessas CPIs referia-se, em sentido estrito, a aspectos gerais ou particulares da política exterior brasileira. Adotando-se, contudo, um critério elástico e introduzindo-se o conceito mais amplo de “atuação de interesses estrangeiros no Brasil”, poder-se-ia reter não mais de sete requerimentos solicitando CPIs nessa área, mas apenas cinco lograram instalar-se: três em 1967, tratando de interesses de empresas estrangeiras no Brasil, uma em 1968, sobre o famoso “Lago Amazônico” do Hudson Institute (mas interrompida pela decretação do AI-5), e, após longo intervalo, a CPI instalada em 1975, a pedido do Deputado Ulysses Guimarães (MDB-SP), para “investigar o comportamento e a influência das empresas multinacionais e do capital estrangeiro no Brasil”. Tendo como Presidente o Deputado Alencar Furtado (MDB-PR) e como Relator o Deputado Herbert Levy (ARENA-SP), a “CPI das multinacionais”, como passou a ser chamada, representou sem dúvida

(91) TRINDADE, *op. cit.*, pp. 94 e 141-3.

(92) Cf. MEDEIROS, *O Poder Legislativo*, *op. cit.*, p. 132.

(93) *Idem*, pp. 135-145.

alguma o mais sério esforço de controle parlamentar sobre aspecto tão crucial da vida econômica do País ⁽⁹⁴⁾.

Vale mencionar ainda, para concluir esta breve informação sobre as iniciativas parlamentares em matéria de política externa no regime do bipartidarismo, a realização de dois painéis de assuntos internacionais promovidos pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados e ambos coordenados pelo Deputado Faria Lima (ARENA-SP): o primeiro, realizado em outubro de 1975, tinha por tema "A Nova Ordem Mundial", e o segundo, realizado exatamente dois anos depois, enfocou, numa perspectiva ampla, os "Valores e Rumos do Mundo Ocidental" ⁽⁹⁵⁾.

O esgotamento do bipartidarismo, paradoxalmente ou significativamente provocado pelo crescimento da legenda oposicionista, conduziu o sistema político brasileiro a uma fase de "transição administrada", através da qual se procurou chegar à estruturação de um multipartidarismo limitado e controlado. Esse processo, identificado com as personalidades de Golbery do Couto e Silva e Petrônio Portella — respectivamente, Chefe do Gabinete Civil e Ministro da Justiça nos primeiros meses do Governo Figueiredo — e que deveria provocar a implosão do MDB, resultou na verdade na criação de mais dois Partidos perfeitamente assimiláveis e outros dois algo "incômodos" para o assim chamado "sistema".

Dessa forma, entre o final de 1979 e meados de 1980, o cenário político brasileiro registrou o nascimento das seguintes siglas partidárias: Partido Democrático Social, conservando o essencial da velha ARENA (que teria sido, no dizer de um de seus chefes, "o maior Partido do Ocidente"); Partido do Movimento Democrático Brasileiro, que conseguiu reter boa parte de seus quadros, com exceção do setor moderado da bancada; Partido Popular, reunindo os moderados do MDB e os insatisfeitos da ARENA; Partido Trabalhista Brasileiro, organizado por Ivete Vargas com a ajuda de Golbery, contra as pretensões de Brizola de reaver a velha sigla varguista; Partido Democrático Trabalhista, reunindo velhos petebistas e novos socialistas sob a liderança de Leonel Brizola; finalmente, o Partido dos Trabalhadores, organizado pela ala mais avançada do sindicalismo brasileiro em cooperação com intelectuais de esquerda e quase que tomado de assalto pelas organizações clandestinas de esquerda. Quanto aos Partidos da chamada

(94) CAMARA DOS DEPUTADOS. *Comissões Parlamentares de Inquérito, 1946-1982*, op. cit., pp. 144-45; conclusão dos trabalhos, Projeto de Resolução 77/76 (DCN-I, 1.º-7-76, Sup.) e aprovação, Resolução 34/76 (DCN-I, 26-11-76, p. 11.579).

(95) CAMARA DOS DEPUTADOS. *A Nova Ordem Mundial*. Brasília, Coordenação de Publicações, 1977; *Idem: Valores e Rumos do Mundo Ocidental*. Brasília, Coordenação de Publicações, 1978.

“esquerda oficial”, essencialmente PCB e PC do B, eles não seriam, dizia-se, assimiláveis pelo “sistema militar”, razão pela qual foram mantidos à margem do processo de abertura política.

Esse novo quadro partidário não alterou fundamentalmente a estrutura das decisões em matéria de política externa, ainda fortemente concentrada em mãos do Executivo, motivo pelo qual a interação dos novos Partidos com a teoria e a prática da política externa continua a ser enfocada sob a rubrica da exclusão.

Uma rápida consulta aos pontos de “política externa” consignados nos programas dos novos Partidos permitiria a identificação das características básicas seguintes:

a) Partido Democrático Social

O programa do PDS é o mais bem articulado de todos os documentos programáticos em exame, apresentando formulações claras e abrangentes sobre praticamente todos os aspectos da vida nacional. Não há aspiração nacional ou simples problema econômico-social que não esteja contemplado, direta ou indiretamente, no programa do PDS, do livro didático aos recursos do mar, da obra literária à dívida externa e da igualdade ontológica do ser humano à rotatividade da mão-de-obra. O Partido se propõe defender uma política externa que, entre outros pontos, “evite alinhamentos automáticos”, “promova a integração da América Latina”, “dê especial atenção à comunidade dos povos de língua portuguesa” e promova o diálogo Norte/Sul, buscando “maior participação dos países em desenvolvimento nos benefícios da riqueza e por um equilíbrio mais justo do poder político e econômico mundial” (96).

b) Partido do Movimento Democrático Brasileiro

O “programa básico” do PMDB, apesar de mais discursivo que sistemático ou tópico, é essencialmente político e, em seus compromissos fundamentais com a democracia e a justiça social, é bastante ousado e avançado em suas formulações. Depois de afirmar, com todas as letras [o programa é de 1980], que “o regime de 1964 constitui um obstáculo fundamental à democratização do País”, o documento discorre sobre os grandes princípios da representação democrática, dos direitos sociais e políticos e sobre a autonomia e a independência do Legislativo. O programa econômico e social investe contra a política concentracionista e defende o salário móvel para os trabalhadores, “cada vez que a elevação do custo de vida ultrapasse 10 por cento”. A “política externa” do Partido está concentrada na última parte do programa, dedicada à “Questão Nacional”: numa

(96) PARTIDO DEMOCRÁTICO SOCIAL: *Pela Democracia Social*. Brasília, PDS, 1982, p. 20.

crítica direta aos que adjetivam o nacionalismo, o PMDB “defende o nacionalismo sem adjetivos. As expressões ‘nacionalismo pragmático’ e ‘nacionalismo sadio’ escamoteiam o principal e buscam disfarçar a transferência dos centros de decisão para o exterior” (97). Depois de criticar a “dependência estrutural da economia brasileira”, o PMDB propõe uma “política internacional de ampla solidariedade com os povos que lutam por seus interesses legítimos”. Declarando-se, de forma redundante, “favorável a uma política externa independente e ao relacionamento do Brasil com todos os povos do mundo”, o PMDB “propõe que o Brasil procure articular-se com os povos que lutam por ideais da democracia, igualdade e independência cultural e que suas decisões de política internacional sejam autônomas, obedecendo única e exclusivamente aos interesses do povo brasileiro” (98). No trecho de seu programa dedicado à “questão energética”, o PMDB defende a “ampla revisão do programa nuclear associado ao acordo Brasil-Alemanha”, pretendendo inclusive “dar conhecimento público aos entendimentos e compromissos assumidos pelo Governo brasileiro até agora mantidos secretos” (99).

c) Partido Popular

Organizado para defender os princípios do liberalismo avançado, romper os maniqueísmos políticos e assegurar representação política ao amplo eleitorado centrista existente no País, o PP teve no entanto vida efêmera, mercê da legislação eleitoral e partidária restritiva. Sem condições de ganhar espaço próprio nas eleições de 1982, os quadros do PP voltaram, em sua maior parte, aos Partidos de origem, isto é, PDS e PMDB. O programa partidário, relativamente sucinto, dedica apenas um único ponto à política externa, aliás o último, nos “objetivos básicos no plano político”:

“17. política externa soberana, com respeito aos tratados e compromissos com o mundo democrático, e maior aproximação com os países da América Latina, da África e da Ásia. A autodeterminação é um direito inalienável de todas as nações. A paz é o objetivo supremo de todos os povos” (100).

d) Partido Trabalhista Brasileiro

O programa do PTB é extremamente conciso, quase panfletário, na verdade um mero complemento de seu manifesto de fundação,

(97) PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. *Programa, Estatuto, Código de Ética*. Brasília, s.e., 1983, p. 59.

(98) PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO, *op. cit.*, pp. 59-61.

(99) *Idem*, p. 39.

(100) *Diário Oficial da União*, Seção I, 23-5-80, pp. 10.320-22.

consistindo, em tudo e por tudo, de 20 pontos gerais, dos quais cinco objetivos no plano político e quinze outros no campo econômico-social. Nesta parte, não consta nenhuma menção à “política externa” do Partido, mas tão-somente sua intenção de “lutar contra as tentativas de internacionalização e exploração irracional e impatriótica da Amazônia” e de lutar “pela defesa de nossa economia, de nossas riquezas naturais e do trabalho do brasileiro contra os processos de espoliação que enfrentamos” (101).

e) Partido Democrático Trabalhista

O Partido de Leonel Brizola assume, de partida, uma série de compromissos: com as crianças e os jovens, com os trabalhadores, com a mulher, com a causa das populações negras e indígenas, das minorias enfim, e com a defesa do meio ambiente. O último grande compromisso é precisamente o da “recuperação para o povo brasileiro de todas as concessões feitas a grupos e interesses estrangeiros, lesivas ao nosso patrimônio, à economia nacional e atentatórias à nossa própria soberania” (102). Coerente com esse postulado, o PDT se propõe, no “plano político”, o “exame, pelo Congresso Nacional, de todo e qualquer acordo e tratado do Poder Executivo com grupos, entidades e Nações estrangeiras”, exigindo, ademais, “a divulgação à Nação do Acordo Nuclear entre o Brasil e a Alemanha, assim como outros do mesmo gênero” [sic]. Saliente-se ainda o propósito de “só recorrer à tecnologia externa em caráter supletivo”, o de disciplinar a “presença e ação do capital estrangeiro” (tolerável apenas em regime de “admissão restrita” e em “caráter minoritário”) e a “proibição dos reinvestimentos como fonte de recursos de lucros”. O PDT promete ainda que “serão nacionalizados os setores estratégicos da economia brasileira que foram entregues ao capital multinacional”. No plano internacional, o PDT se propõe manter “relações com todos os países com base nos princípios da autodeterminação, não-intervenção, coexistência pacífica, cooperação econômica e não-alinhamento”, bem como fazer oposição ativa ao “colonialismo e ao neocolonialismo, às políticas de discriminação racial e ao (...) imperialismo...”, apoiando ainda a luta pela independência de todos os países ainda submetidos à condição colonial”. Na esfera latino-americana, o PDT propugna a “efetivação do Mercado Comum” sul-americano e pretende lutar pela democracia “através da solidariedade com as lutas [dos] movimentos populares” do continente (103).

f) Partido dos Trabalhadores

Nascido, como afirma, das lutas sociais, o PT pretende representar a força política autônoma dos trabalhadores organizados. Com fortes

(101) *Diário Oficial da União*, Seção I, 24-12-79, p. 19.781.

(102) *Diário Oficial da União*, Seção I, 6-6-80, p. 11.224.

(103) *Idem*, pp. 11.225-7.

componentes utópicos e anticapitalistas em sua ideologia [p.e., as “decisões sobre economia” devem se submeter aos “interesses populares”], o PT afirma seu inequívoco compromisso com uma “democracia plena e exercida diretamente pelas massas”, condicionando sua própria participação em eleições e no Parlamento ao “objetivo de organizar as massas exploradas e suas lutas”. A independência nacional só será possível “quando o Estado for dirigido pelas massas trabalhadoras”, para o que o PT pretende lutar. Um vanguardismo inconsciente introduz-se no texto: “O PT buscará conquistar a liberdade para que o povo possa construir uma sociedade igualitária, onde não haja explorados nem exploradores”. O manifesto do PT ressalta ainda sua “solidariedade à luta de todas as massas oprimidas do mundo” (104). Em seu “Programa”, o PT “defende uma política internacional de solidariedade entre os povos oprimidos e de respeito mútuo entre as nações que aprofunde a cooperação e sirva à paz mundial. O PT apresenta com clareza sua solidariedade aos movimentos de libertação nacional...” Não consta do programa menção explícita à “política externa”, mas o “plano de ação” contempla, por seu lado, os seguintes pontos em seu item

“VI — Independência Nacional: contra a dominação imperialista; política externa independente; combate à espoliação pelo capital internacional; respeito à autodeterminação dos povos e solidariedade aos povos oprimidos” (105).

Nesta fase do multipartidarismo limitado, que cobre o período do Governo Figueiredo, a capacidade de intervenção dos Partidos na esfera da política externa continuou a ser limitada, preservando-se **grosso modo** as estruturas decisórias elaboradas pelo regime de 64. A participação dos Partidos em temas de política externa foi assegurada, como nos períodos anteriores, por vias essencialmente congressuais, isto é, o debate e a apreciação dos atos internacionais que o Executivo enviava ao Legislativo. Assim, não se pode dizer que, nessa fase, tenha aumentado o poder da classe política sobre as relações exteriores do País: o controle só podia ser feito, na melhor das hipóteses, **a posteriori**, mediante a convocação do Ministro de Estado das Relações Exteriores às Comissões especializadas da Câmara e do Senado.

Ainda assim, ampliou-se consideravelmente o leque de questões internacionais e de temas das relações exteriores do Brasil que repercutiam no Congresso, talvez por força da própria crise do setor externo

(104) PARTIDO DOS TRABALHADORES. *Programa, Manifesto, Estatuto*. Brasília, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1984, Manifesto, pp. 5-7.

(105) *Idem*, Programa, pp. 9-13 e Plano de Ação, pp. 14-15.

da economia. Uma simples relação de temas confirma a nova dimensão alcançada pela política externa nas preocupações da classe política.

As relações com o capital estrangeiro e, em especial, com o FMI no contexto da renegociação da dívida externa monopolizaram a atenção dos políticos e homens de Partido e parecem nos remeter diretamente aos debates do período pré-64. A exclusividade não cabe, porém, aos Estados Unidos unicamente, mas ao setor financeiro internacional como um todo, dada a diversificação dos interesses aqui representados. A crise do setor externo atuou assim como um verdadeiro catalizador das atenções políticas: em 1983, sob iniciativa do Deputado Alencar Furtado (PMDB — PR), instalou-se a “CPI da Dívida Brasileira e do Acordo FMI-Brasil”, cujo relator foi o Deputado Sebastião Nery (PDT — RJ)⁽¹⁰⁶⁾.

A questão do **Apartheid** na África do Sul, a independência protelada da Namíbia e a postura global do Brasil em relação aos problemas da África austral constituem outra gama de problemas a mobilizar, de forma permanente, a atenção dos parlamentares. Os Partidos Políticos mais engajados na defesa de uma política “africanista” comprometida com a luta contra o racismo e o colonialismo, basicamente o PT e o PDT, não deixaram de cobrar das autoridades políticas posições mais avançadas nesse setor. O Deputado Abdias Nascimento (PDT—RJ), representando no Congresso as comunidades negras do Brasil, desempenhou papel destacado na discussão dessas questões, levantando críticas ou formulando sugestões à postura oficial relativa a essa problemática⁽¹⁰⁷⁾.

A questão global do Direito do Mar — plataforma continental, mar territorial brasileiro, zona econômica exclusiva, exploração dos recursos do mar etc. — foi abordada em diversas ocasiões, tanto na Câmara quanto no Senado, em que pese a sua relativa complexidade e ineditismo temático. Parlamentares do PDT e do PMDB (presos provavelmente à linha programática nacionalista do antigo MDB) não deixaram de colocar a pertinente questão do que chamaram de “recuo de soberania”, isto é, a reconsideração da atitude assumida em 1970, relativa aos limites do mar territorial brasileiro⁽¹⁰⁸⁾. As iniciativas oficiais tratando da questão da Antártida foram igualmente levantadas, dada a adesão do Brasil ao Tratado da Antártida e o envio de equipes de pesquisa científica a esse continente⁽¹⁰⁹⁾.

(106) Grande parte dos trabalhos foram dedicados às relações comerciais e financeiras com a Polónia, desde 1982 devedora do Brasil.

(107) SENADO FEDERAL. *O Itamaraty e o Congresso Nacional*. Brasília, Senado Federal, 1985, pp. 105-109.

(108) TRINDADE. *Repertório, 1961-1981*, pp. 205-217.

(109) SENADO FEDERAL, *op. cit.*, pp. 161-8.

O conflito anglo-argentino em torno da soberania das Ilhas Malvinas e o caso dos aviões líbios transportando armas para a Nicarágua, em 1982 e 1983 respectivamente, foram dois episódios de política internacional e de diplomacia brasileira que atraíram momentânea, mas intensamente, as atenções dos parlamentares em ambas as Casas do Congresso. Os debates em plenário ou nas Comissões especializadas, inclusive com a participação do Ministro das Relações Exteriores, focalizaram os pontos cruciais de ambas as questões: as relações bilaterais do Brasil com os protagonistas envolvidos — Argentina e Inglaterra num caso, Líbia e Nicarágua em outro, e a presença interessada dos Estados Unidos em ambos — e aspectos específicos da balança estratégica e militar afetando a paz do continente americano⁽¹¹⁰⁾.

Sem olvidar a sempre presente questão do Oriente Médio, mencione-se finalmente o debate em torno da política nuclear brasileira, em geral, e a implementação dos contratos de transferência de tecnologia embutidos no Acordo Nuclear Brasil-RFA, em particular: o Senador Itamar Franco (PMDB — MG) foi peça chave nesses debates envolvendo tanto a política externa como as alternativas energéticas para o Brasil.

6. O retorno dos Partidos à política externa

O encerramento do chamado “ciclo militar” na vida política brasileira, que coincide historicamente com a crise da sucessão presidencial e a conseqüente implosão do Partido governamental, representou ao mesmo tempo a volta, ao cenário político brasileiro, do velho estilo de negociações entre Partidos a que há muito estávamos desabitua-

O acordo da Aliança Democrática, de agosto de 1984, entre o PMDB e o novo Partido da Frente Liberal — antes mesmo que este último estivesse formalmente organizado — significou uma mudança no eixo das articulações políticas em direção das máquinas partidárias e suas lideranças, retomando assim um padrão usual no regime de 46.

Em que pese à ainda alta taxa de personalização do jogo político — mesmo em termos de Partidos —, o sistema político brasileiro tende a ganhar características novas, típicas dos regimes pluripartidários. Tendo passado no espaço dos últimos cinco anos de um bipartidarismo imperfeito (isto é, deformado pela imposição de um Partido artificialmente predominante) a um pluralismo moderado, o Brasil parece encaminhar-se lentamente para a formação de um sistema partidário legítimo. A ameaça, ainda latente, de um multipartismo anárquico e desenfreado poderá dificultar esse processo, mas confirma,

(110) *Idem*, pp. 51-97.

indiretamente, esse fato novo do cenário político: a organização política da sociedade passa necessariamente pelos Partidos. Esta longa transição promete arrastar-se bem além do processo de reordenamento constitucional do País, enterrando e fazendo desabrochar Partidos durante pelo menos mais dois escrutínios gerais depois das eleições para a Constituinte em 1986.

Qualquer que seja o cenário que emergirá dos atuais alinhamentos regionais e ideológicos em torno das formações existentes ou potenciais, o sistema político brasileiro tornou-se basicamente competitivo e essa competição se dará essencialmente no terreno partidário e eleitoral.

Como não se pode determinar, com exatidão, a estrutura do sistema partidário em formação e, com mais razão, a própria estrutura do processo de decisão política, torna-se difícil delimitar as fronteiras recíprocas dos atores governamentais — Presidência, Gabinete ministerial, tecnocracia, sistema militar — e não-governamentais — Congresso e Partidos, comunidade de negócios, sindicatos, Igreja, Imprensa, Universidade — que passam a intervir, institucional e informalmente, no jogo político. Em qualquer hipótese, porém, os Partidos e grupos politicamente organizados ganham em relevância e capacidade de intervenção sobretudo em direção do Estado.

É muito provável que, dado o ainda baixo grau de institucionalização do sistema partidário e a limitada abertura internacional dos atores não-governamentais, a política externa permaneça, num futuro previsível, uma área relativamente esotérica para a maior parte dos agentes envolvidos na disputa pelo Poder. Os Partidos Políticos darão, evidentemente, prioridade aos temas de política interna, sem falar do enorme esforço organizacional que representa, no contexto brasileiro, a reconstrução das bases de sustentação a cada novo escrutínio eleitoral. Por outro lado, as próprias características estruturais e institucionais da “comunidade” envolvida na política externa — Itamarati, ministérios econômicos, Conselho de Segurança Nacional, **establishment** militar etc. — a tornam relativamente autônoma e pouco permeável às injunções do sistema político-partidário.

Devemos, no entanto, atentar para o fato de que o simples aumento nas taxas de participação política — e, portanto, a intensificação da “osmose” Partidos Políticos-sociedade civil — trará um contingente cada vez maior de atores potencialmente interessados em temas de política externa para dentro dos Partidos Políticos: universitários, homens de negócios etc. Previsivelmente, os Partidos ganharão em consistência programática e capacidade de intervenção em temas altamente complexos e relativamente específicos, como são os de política externa. Por outro lado, a diminuição substantiva das simples

tarefas de representação diplomática e a crescente importância das negociações econômicas e comerciais, quando não o aumento da cooperação técnica com o exterior, resultarão inevitavelmente no envolvimento de maior número de atores na formulação e execução da política externa brasileira.

No terreno propriamente institucional, a recuperação das prerrogativas congressuais em setores até aqui monopolizados pelo Executivo não deixará igualmente de incidir, ainda que indiretamente, sobre a repartição de competências na área da política externa. Assim, é de prever-se o aumento da responsabilidade congressual nas relações exteriores do Brasil, primordialmente sob a forma de um controle legislativo mais estrito dos atos internacionais firmados pelo Executivo.

De uma forma geral, a estrutura do processo decisório poderá vir a ser gradualmente alterada, em favor de uma maior participação parlamentar na elaboração e execução da política externa governamental. Essas tendências de desenvolvimento não deixarão igualmente de afetar a interação dos Partidos Políticos com a política externa, reforçando-se previsivelmente o pólo partidário. Em conclusão, o Congresso, primeiro, os Partidos Políticos, em seguida, passarão a ser senão **full actors**, pelo menos agentes participantes da política externa brasileira.

Esse retorno dos Partidos Políticos à política externa — se aceitarmos a versão segundo a qual, no regime de 46, o sistema político permitia a efetiva participação dos Partidos nessa área — não se dará de maneira uniforme e organizada. A falta de canais institucionais de participação, com exceção do Congresso, a demanda insatisfeita não deixará de resultar em conflitos e acusações. A fonte do problema está na própria natureza da atividade-meio da política externa: a diplomacia. Esta lida com ingredientes extremamente sensíveis à manipulação: a negociação de interesses reais dos atores envolvidos. Dir-se-á que a política interna também envolve interesses reais: **"The conduct of foreign relations, like domestic politics, is an intensely human business"** ⁽¹¹¹⁾.

Mas os interesses, enquanto matéria-prima da política externa, não podem ser separados de sua administração diplomática, ou seja, a forma muitas vezes determina o conteúdo. Os Partidos Políticos pedem para serem ouvidos em matérias tão complexas — e por vezes altamente sensíveis — como negociações comerciais, renegociação da dívida externa, política nuclear e de armamento etc. Em alguns casos, os temas não são suscetíveis de detalhamento operacional em regime de participação ampliada: a publicidade indesejada sobre as estratégias

(111) Cf. POOLE: *The Conduct of Foreign Relations under Modern Democratic Conditions*, op. cit., p. 14.

alternativas de negociação, além de afetar a necessária margem de liberdade no processo decisório, pode colocar em risco a posição do País numa instância negociadora específica.

Defrontamo-nos aqui com o que QUINCY WRIGHT chamou de “reconciliação da tese democrática com a tese de eficiência”, isto é, o conflito entre a transparência do poder governamental e a necessária discrição na tomada de decisões ⁽¹¹²⁾.

Um dos aspectos dessa reconciliação na esfera da política externa é, justamente, a adoção de uma nova postura política, fazendo com que o Executivo (isto é, o Presidente e o Ministro das Relações Exteriores) passe a trabalhar em acordo com o Congresso e os Partidos Políticos.

Não se pode mais pedir aos Partidos que se mantenham à margem da formulação e da execução da política externa; sua integração nessa esfera relativamente complexa da atividade governamental é uma exigência mesma da nova realidade política brasileira.

BIBLIOGRAFIA CITADA:

- ABRANCHES, Sérgio. **O Processo Legislativo — Conflito e Conciliação na Política Brasileira**. Brasília, UnB, mimeo, 1973.
- AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História Administrativa e Econômica do Brasil**. Rio de Janeiro, MEC/FENAME, 1976.
- BANDEIRA, Moniz. **Presença dos Estados Unidos no Brasil — Dois Séculos de História**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1973.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **O Governo Kubitschek: Desenvolvimento Econômico e Estabilidade Política, 1956-1961**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.
- “A União Democrática Nacional” in FLEISCHER (org.): **Os Partidos Políticos no Brasil**, pp. 90-108.
- BERNARD, Jean-Pierre et alii. **Guide to the Political Parties of South America**. Harmondsworth, Penguin, 1973.
- BUCK, Phillip W., e TRAVIS, Martin B. (eds.) **Control of Foreign Relations in Modern Nations**. New York, Norton, 1957.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissões Parlamentares de Inquérito, 1946-1982**. Brasília, Centro de Documentação e Informação, 1983.
- **A Nova Ordem Mundial**. Brasília, Coordenação de Publicações, 1977.
- **Valores e Rumos do Mundo Ocidental**. Brasília, Coordenação de Publicações, 1978.

(112) Cf. QUINCY WRIGHT: “Introduction: Problems in the Conduct of Foreign Relations” in BUCK-TRAVIS (eds.): **Control of Foreign Relations in Modern Nations**, op. cit., pp. 3-18, cf. p. 13.

- CANABRAVA Filho, Paulo. **Militarismo e Imperialismo in Brasile**. Milano, Jaca Book, 1969.
- CARONE, Edgard. **A Quarta República (1945-1964), Documentos**. São Paulo, Difel, 1980.
- **O PCB (1943-1964)**. Volume II, São Paulo, Difel, 1982.
- CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. "O Comportamento Partidário durante o Governo Juscelino Kubitschek (1956-1961)" in FLEISCHER (org.): **Os Partidos Políticos no Brasil**, pp. 241-259.
- CERQUEIRA, Silas. "Brazil" in BERNARD et alii: **Guide to the Political Parties of South America**, pp. 150-235.
- CHACON, Vamireh. **História dos Partidos Brasileiros: Discurso e Praxis dos seus Programas**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- CHILCOTE, Ronald H. **The Brazilian Communist Party — Conflict and Integration, 1922-1972**. New York, Oxford University Press, 1974.
- DANTAS, San Tiago. **Política Externa Independente**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1962.
- DOCUMENTAÇÃO e Atualidade Política (9. Outubro/Dezembro 1978), Seção Especial: Programas dos Partidos Políticos**, pp. 13-81.
- DONGHI, Tullio Halperin. **Storia dell'America Latina**. Torino, Einaudi, 1972.
- DULLES, John W. F. **Brazilian Communism, 1935-1945: Repression during World Upheaval**. Austin, University of Texas Press, 1983.
- EPSTEIN, Leon D. **Political Parties in Western Democracies**. London, Pall Mall Press, 1967.
- FERREIRA, Pinto. **Capitais Estrangeiros e Dívida Externa do Brasil**. São Paulo, Brasiliense, 1965.
- FLEISCHER, David V. (org.). **Os Partidos Políticos no Brasil. Volume I**, Brasília, Universidade de Brasília, 1981.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Evolução da Crise Brasileira**. São Paulo, Nacional, 1965.
- GOLDENBERG, Boris. **Kommunismus in Latein Amerlka**. Stuttgart, Kohlhammer, 1971.
- HENKIN, Louis. **Foreign Affairs and the Constitution**. Mineola, Foundation, 1972.
- HIRST, Monica (coord.). **Debate na Câmara dos Deputados, 1951-1954: coleção de textos (s. 1.: Convênio CPDOC/MRE, policopiado, 1984)**.
- IANNI, Octávio. **Estado e Planejamento Econômico no Brasil: 1930-1970**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1977.
- MALAN, Pedro S. et alii. **Política Econômica Externa e Industrialização do Brasil: 1939-1952**. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1980.
- MARTINS, Carlos Estevam. **Capitalismo de Estado e Modelo Político no Brasil**. Rio de Janeiro, Graal, 1977.
- MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre, LPM/IARS, 1983.
- MERLE, Marcel. "Partidos Políticos e Política Exterior no Regime Pluralista", **Relações Internacionais (I: 3: set.-dez. 1978:78-85)**.
- "Politique Intérieure et Politique Extérieure", **Politique Étrangère (41:5:1976:409-22)**.

- . **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- OLIVEIRA, Lúcia Maria Lippl. "O Partido Social Democrático" in FLEISCHER (org.): **Os Partidos Políticos no Brasil**, pp. 108-14.
- PARTIDO Democrático Social. **Pela Democracia Social**. Brasília, PDS, 1982.
- PARTIDO do Movimento Democrático Brasileiro. **Programa, Estatuto, Código de Ética**. Brasília, s.e., 1983.
- PARTIDO dos Trabalhadores. **Programa, Manifesto, Estatuto**. Brasília, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1984.
- PADEFORD, Norman J. e LINCOLN, George A. **The Dynamics of International Relations**. New York, Macmillan, 1962.
- PEREIRA, Osny Duarte. "A Lei de Remessa de Lucros no Brasil", **Revista Civilização Brasileira** (nº 15: setembro 1967:201-11).
- PERRY, William. **Contemporary Brazilian Foreign Policy: the International Strategy of an Emerging Power**. Beverly Hills/London, Sage Publications, 1976.
- POOLE, Dewitt C. **The Conduct of Foreign Relations under Modern Democratic Conditions**. New Haven, Yale University Press, 1924.
- ROCHA, Euzébio. **Brasil, País Ameaçado e o Acordo de Garantias**. São Paulo, Editora Fulgor, 1965.
- RODRIGUES, Leôncio Martins. **Conflito Industrial e Sindicalismo no Brasil**. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1966.
- SCHNEIDER, Ronald M. **Brazil: Foreign Policy of a Future World Power**. Boulder, Co., Westview Press, 1976.
- SENADO FEDERAL. **O Itamaraty e o Congresso Nacional**. Brasília, Senado Federal, 1985.
- SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco, 1930-1964**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975.
- SKOCPOL, Theda. **States and Social Revolutions, a Comparative Analysis of France, Russia and China**. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- SILVA, Hélio. **1945: Porque Depuseram Vargas**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1976.
- SMITH, Peter Seaborn. **Petróleo e Política no Brasil Moderno**. Rio de Janeiro, Artenova/UnB, 1978.
- TOMASEK, Robert D. (ed). **Latin American Politics: Studies of the Contemporary Scene**. New York, Anchor Books, 1966.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1941-1960)**. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, Ministério das Relações Exteriores, 1984.
- . **idem (Período 1961-1981) (idem, 1984)**.
- UNIÃO Democrática Nacional. **Programa**. Rio de Janeiro, s.e., 1949.
- VICTOR, Mario. **A Batalha do Petróleo Brasileiro**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970.
- WRIGHT, Quincy. "Introduction: Problems in the Conduct of Foreign Relations" in BUCK-TRAVIS (eds.): **Control of Foreign Relations in Modern Nations**, pp. 3-18.

Da Abdicação à Lei de Interpretação

SARA RAMOS DE FIGUEIRÊDO

Diretora da Subsecretaria de Arquivo
do Senado Federal

SUMÁRIO

ATO DE ABDICAÇÃO

HISTÓRICO DA LEI DE 12 DE OUTUBRO DE 1832, QUE DA ORIGEM À PROMULGAÇÃO DO ATO ADICIONAL

Câmara dos Deputados

Discussão

Parecer sobre a reforma da Constituição

Projeto substitutivo

Redação do Projeto para Reforma da Constituição enviado ao Senado

Senado

Posição do Senado

Parecer da Comissão de Constituição sobre as reformas constitucionais

Discussão do Projeto

Federação — Monarquia — Poder Moderador
Vitaliciedade do Senado

LEI DE 12 DE OUTUBRO DE 1832

ATO ADICIONAL

Projeto das Reformas da Constituição

Processo legislativo

Discussão do Projeto de Reforma de Constituição

Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 — Ato Adicional

Decisão do Senado a respeito da reforma constitucional

LEI DE INTERPRETAÇÃO DO ATO ADICIONAL

ATO DE ABDICAÇÃO

“Usando do direito que a Constituição me Concede, Declaro que hei muito voluntariamente Abdicado na Pessoa de Meu muito Amado e Prezado Filho, o Senhor D. Pedro de Alcântara. Boa Vista, sete de Abril de mil oitocentos e trinta e um, décimo da Independência e do Império – PEDRO.”

Um simples ato de um homem destrói o Poder ou as exteriorizações do Poder. O Imperador, agora PEDRO, toma o expediente de abdicar, e “*deste modo, pondo de parte todas as considerações, salvei – diz – a minha honra que prezo mais que tudo*” (1).

O significado do ato de abdicação não está restrito à vida particular e pública do Imperador, mas se estende à caminhada institucional do Brasil.

O ano de 1830, em decorrência da Revolução francesa, já é saudado, entre nós, como “o da liberdade, não já na Europa, mas no mundo inteiro” (*Jornal Aurora Fluminense*). BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS proclama: “Acaba a nação francesa de salvar a liberdade do mundo civilizado.”

Na palavra da imprensa e do Parlamento, por conseguinte, prenuncia-se o fim do 1º Reinado, que culmina com a abdicação de D. Pedro em 7 de abril de 1831, “dia memorável para o Brasil, pelo heroísmo de seus filhos, triunfo da liberdade constitucional e derrota dos inimigos da independência, glória da nacionalidade brasileira” (2).

A partir desse fato histórico dirigem-se os anseios da opinião liberal para uma reforma da Constituição outorgada, visando, sobretudo, a abolição do Poder Moderador, do Conselho de Estado e da vitaliciedade do Senado, bem como uma descentralização política, com a conseqüente autonomia das províncias.

Chovem os projetos de reforma da Constituição. Antes de nos atermos às proposições que dão origem à promulgação do Ato Adicional, achamos interessante evocar os dispositivos da Carta do Império pertinentes à matéria, reproduzindo trecho de nosso trabalho “A primeira Constituição brasileira”, publicado no número 86 desta Revista.

A reforma à Constituição, desde que tenha por objeto disposições consideradas como materialmente constitucionais, obedece as formalidades prescritas nos arts. 174 a 177 da Lei do Império:

(1) OCTAVIO TARQUINIO DE SOUZA. *História dos Fundadores do Império do Brasil*. Vol. 4º, Rio de Janeiro, J. Olympio, 1972, p. 115.

(2) JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. *O Parlamento e a evolução nacional*. Brasília, SF, 1972, p. 84.

“Art. 174 — Se, passados quatro anos depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum de seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados e ser apoiada pela terça parte dela.

Art. 175 — A proposição será lida por três vezes, com intervalo de seis dias de uma à outra leitura; e depois da terceira deliberará a Câmara dos Deputados se poderá ser admitida à discussão, seguindo-se tudo o mais que é preciso para a formação de uma lei.

Art. 176 — Admitida a discussão e vencida a necessidade de reforma do artigo constitucional, se expedirá lei, que será sancionada e promulgada pelo Imperador, em forma ordinária, e na qual se ordenará aos eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura, que nas proclamações lhes confirmam especial faculdade para a pretendida alteração ou reforma.

Art. 177 — Na seguinte Legislatura e na primeira sessão, será a matéria proposta e discutida, e o que se vencer prevalecerá para a mudança ou adição à lei fundamental; e juntando-se à Constituição será solenemente promulgada.”

Em duas etapas interligadas divide o legislador do Império, nos termos dos artigos supracitados, o processo de emenda à Constituição. Na primeira, expede-se lei autorizativa da reforma e do “mandato necessário” para que a mesma se verifique, enquanto na segunda, se exaure o procedimento anterior, com a efetivação da reforma propriamente dita, como se constatará a seguir.

Preliminarmente, veda a Lei Maior qualquer emenda ao seu texto, antes de decorrido o período de quatro anos de sua vigência. A disposição, segundo PIMENTA BUENO (3), não é somente aplicável à primeira alteração constitucional, mas, também, às que lhe sucederem. “A Constituição — diz o mestre — inibiu a reforma, antes de passados quatro anos, e por isso mesmo julgamos que essa disposição não é transitória, e sim aplicável a qualquer alteração que tenha sido consumada; entendemos que o ato adicional, por exemplo, não poderia ter sido reformado senão depois de passados quatro anos da data do seu juramento.”

Vencido o período mencionado, reserva a Carta outorgada a *iniciativa* da reforma à Câmara dos Deputados, mediante proposição, subscrita por um terço de seus membros. Essa proposição deve ser lida por três vezes, com intervalo de seis dias de uma a outra leitura, sendo somente suscetível de deliberação após a terceira leitura. Se a Câmara dos Deputados julgar, na oportunidade, ser necessária a reforma sugerida, aprovando, por maioria, a proposição, segue esta os demais trâmites referentes à elaboração

(3) JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ob. cit., p. 477.

das leis ordinárias. Isto é, vai à apreciação do Senado e, uma vez aprovada, sobe à sanção imperial.

A lei, assim feita, “ordena aos eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura que lhes confirmem especial faculdade para a alteração ou reforma pretendida, e que é nela expressada”.

Com a enumeração taxativa dos artigos que serão objeto de reforma, na própria lei em que se solicita mandato especial para tal, obtêm-se, diz PIMENTA BUENO, vantagens preciosas. “A opinião pública tem tempo de pronunciar-se com inteiro conhecimento de causa e, por outro lado, limitam-se os poderes da nova Câmara para que não exceda o voto nacional claramente manifestado; sua missão é, assim, circunscrita. Sem isso seria possível efetuar reformas inesperadas, surpreender a expectativa nacional, adotar inspirações súbitas ou movimentos inconsiderados de paixões políticas. Todo artigo que não foi declarado reformável não pode ser reformado” (4).

Relevante notar a vinculação estreita do Monarca nos procedimentos até aqui indicados. A denegação da sanção à norma — acionadora do processo de emenda — confere ao Imperador a faculdade de protelar ou até obstaculizar a reforma constitucional, como observa argumentamente MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (5):

“No direito brasileiro, a Carta de 1824 reservava a iniciativa ao terço da Câmara dos Deputados (art. 174) e, se a maioria desta, na forma do art. 175, entendesse necessária a revisão, aprovaria lei que, se sancionada pelo Imperador, ordenaria aos eleitores que investissem os Deputados à legislatura seguinte dos necessários poderes (art. 176). Como o veto do Monarca era suspensivo apenas (art. 65), vê-se que este podia somente retardar a revisão constitucional. Na verdade, contudo, a exigência da aprovação por três legislaturas sucessivas do mesmo projeto para que o veto fosse superado tornava extremamente dificultoso o processo, em caso de oposição do Monarca.”

Convertida, entretanto, em lei a proposição numa legislatura, somente os Deputados à legislatura subsequente, eleitos com mandato ou procuração especial, podem efetuar as alterações sugeridas, na forma do art. 177 da Carta outorgada, assim comentado por PIMENTA BUENO e CLÁUDIO PACHECO:

PIMENTA BUENO (6):

“Na seguinte Legislatura é proposto e discutido o ato que deve verificar a reforma dos artigos anteriormente indicados e o que em conformidade se vencer prevalecerá para a mudança ou

(4) PIMENTA BUENO. Ob. cit., p. 478.

(5) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 1967, pp. 24 e 25.

(6) PIMENTA BUENO. Ob. cit., p. 479.

adição à lei fundamental, e juntando-se à Constituição será solenemente promulgado.”

CLÁUDIO PACHECO (7):

“Na seguinte Legislatura e na primeira sessão, a reforma teria de ser discutida e, se aprovada, prevaleceria para a mudança ou adição à lei fundamental e, incorporada à Constituição, se promulgava solenemente.”

O fato de a Constituição estatuir a necessidade da outorga de poderes especiais para a reforma exclusivamente aos Deputados afasta o Senado do processo?

O Desembargador Joaquim Rodrigues de Sousa (8) opina pela exclusão do Senado, tendo em vista os termos e o espírito das disposições pertinentes à matéria na Carta outorgada. Diz ele: “No Brasil só exerce o povo o seu direito representativamente. Para alterar, ou reformar algum artigo constitucional, ele o delega a Deputados eleitos *ad hoc*. A Câmara com especial faculdade para a reforma procede como constituinte ou convenção nacional, e seu ato independe não só do voto do Senado, como da coroa. Os poderes destes dois ramos legislativos ficam suspensos, obrando a dita Câmara como única soberana.”

Dentro da orientação exposta, se leva a termo a grande reforma da Constituição do Império, denominada Ato Adicional (12-8-1834). Da fase final de sua elaboração não participa o Senado, apesar de ecoarem no Parlamento argumentos ponderáveis contrários à exclusão. Aqui basta a transcrição da lição de PIMENTA BUENO, que, com a clareza e liquidez peculiares, aborda a matéria em substanciosa tese (9):

“Quando se decretou o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 não foi contestado o princípio de que a reforma constitucional independe da sanção, já porque o art. 177 da Constituição diz que o que se vencer na discussão *prevalecerá*, já porque quando a Nação trata de dar a si mesma a organização por que quer ser governada, nenhum outro poder, senão aquele a quem ela incumbe a discussão, pode opor-se à sua vontade. Este princípio parece-nos procedente; não acontece, porém, outro tanto em relação à exclusão do Senado. Não vemos disposição alguma que limite essa importante discussão só à Câmara dos Deputados e, pelo contrário, toda a discussão legislativa é sucessivamente comum à Assembléia Geral, e por conseguinte ao Senado, donde resulta que o que se vencer depois de ultimada a discussão na Assembléia Geral é o que deve prevalecer.

(7) CLAUDIO PACHECO. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Ob. cit., p. 214.

(8) Desembargador JOAQUIM RODRIGUES DE SOUSA. *Análise e Comentário da Constituição Política do Império do Brasil*. 1870, vol. II, p. 447.

(9) PIMENTA BUENO. Ob. cit., pp. 479 e 480.

Objeta-se que só a Câmara dos Deputados, e não o Senado, recebe poderes especiais para o efeito; este argumento, embora valioso, acha, todavia, resposta na natureza especial do Senado e na sua missão conservadora; o que dele pode concluir-se é que o ato que tem de verificar a reforma deve também ser iniciado na Câmara dos Deputados, ou porventura discutido em Assembléa Geral, como em tal caso é prescrito pela Constituição belga.

Cumpre não olvidar que pelo art. 11 da Constituição a Nação brasileira não tem senão dois representantes, o Imperador e a Assembléa Geral; a Câmara dos Deputados por si só, segundo a bem clara expressão desse artigo, não representa a Nação, e então como por si só verificar a reforma? Cumpre também não olvidar que a Assembléa Geral, que representa a Nação, tem várias atribuições suas, próprias e exclusivas, que independem da sanção, como são as do art. 15, §§ 1º a 7º, e ainda outras, como expusemos em n.ºs 70 e seguintes, e não vemos disposição tal que a privasse da importante atribuição em questão, pelo contrário, vemos no respeito devido ao art. 11 mais uma garantia aos destinos brasileiros. Entretanto, outra foi a inteligência adotada por ocasião do ato adicional, que é lei constitucional do Estado, e que talvez tivesse sido muito aperfeiçoada se houvesse sido meditada e discutida pela Assembléa Geral.”

HISTÓRICO DA LEI DE 12 DE OUTUBRO DE 1832, QUE DÁ ORIGEM À PROMULGAÇÃO DO ATO ADICIONAL: CÂMARA DOS DEPUTADOS

Na sessão de 6 de maio de 1831, o Sr. Cesário de Miranda Ribeiro apresenta o seguinte requerimento:

“Requeiro a nomeação de uma comissão especial que se encarregue de propor por escrito, na forma do art. 174 da Constituição do Império, a reforma dos artigos constitucionais, que ela conhecer que a merecem: e depois se prossiga nos mais atos, que a Constituição prescreve nos arts. 175, 176 e 177.

Paço da Câmara dos Deputados, 6 de maio de 1831 – *Cesário de Miranda Ribeiro*” (10).

a) Discussão

Na discussão do requerimento supra, não há objeção à reforma da Constituição: “o espírito público do Brasil – como acentua o Sr. *Cesário de Miranda Ribeiro* – tinha feito conhecer que a Constituição deve experimentar mudança”, enfatizando o Sr. *Lino Coutinho* que “as idéias

(10) *Anais do Parlamento Brasileiro*. Câmara dos Deputados, 1834, Tomo I, “Breves Noções Históricas”. Trabalho de compilação. 1982, Brasília.

geralmente concebidas em todo o Império são tais que se torna impossível conservar a Constituição” na forma atual: “As reformas — afirma o orador — são indispensáveis, quer se façam com atenção às formalidades estabelecidas, quer sem elas, tomando-se em consideração as circunstâncias em que se acham diversas províncias, e procedendo-se sempre com melindrosa circunspeção”. Somente o Sr. *Luíz Cavalcanti* fala da inoportunidade da reforma, em razão de assuntos mais urgentes que estão a exigir uma decisão do Parlamento. Assinala, ainda, que o requerimento objetiva uma revisão da Constituição, o que não aceita sob o argumento de que a Câmara não é uma Assembléia Constituinte e não está, portanto, autorizada para a revisão pretendida.

O cerne do debate, contudo, situa-se no aspecto formal do requerimento ao prever a nomeação de uma comissão especial para sugerir as reformas, o que, segundo o Sr. *Hollanda*, não se coaduna com as disposições constitucionais pertinentes à matéria:

“A Constituição não diz que se designe uma Comissão para propor estas ou aquelas reformas”...

“Se algum de nós entender que deve ser reformado tal ou tal artigo; por que não há de propor esta reforma e submetê-la à Câmara a fim de ver se é apoiada pela terça parte dela? Por que motivo há de se incumbir a uma comissão a propô-la? Cumpre de mais a mais não omitir nenhuma das formalidades expressas no art. 175, as quais não vejo observadas. Voto por isso contra o requerimento, ou recomendo que seja enviado à Comissão de Constituição para que esta examine se a reforma deve ser proposta por uma comissão, ou indicada por uma proposição individual”.

O Sr. *Muniz Barreto* demonstra a improcedência da tese levantada: a Constituição não veda que a reforma seja proposta por uma comissão, “onde as idéias serão combinadas e examinadas” pelos seus membros, “o que é preferível à simples opinião de um só Deputado”. O que estatui a Lei Maior no art. 175 refere-se “ao que se deve fazer depois de declarada a necessidade da reforma” e, por isso, as formalidades previstas no dispositivo somente são aplicáveis “posteriormente ao voto da Comissão”. Secundam o ponto de vista do orador os Srs. *Ferreira da Veiga* — “os Deputados não ficarão privados do direito de propor as reformas que julgarem necessárias, segundo as fórmulas constitucionais”, pelo fato de serem estas sugeridas por uma comissão” — e *Cesário de Miranda Ribeiro*, quando esclarece: “a nomeação de uma comissão para propor as reformas visa a que as mudanças sejam feitas com toda a circunspeção, sem privar, por outro lado, aos Deputados, do direito de indicarem os artigos que entendam reformáveis”. Lembra, a seguir, a necessidade da promulgação da lei, até o fim da sessão em curso, que confira aos Deputados a faculdade especial de procederem às ditas reformas, conforme estabelece a Constituição, “mostrando-se, assim, a Câmara — continua —

perante seus constituintes, disposta a introduzir todos os melhoramentos que as circunstâncias exigirem, sem que para isso sejam necessárias desordens". No mesmo sentido manifesta-se o Sr. *Castro Alvares*, argumentando: "não se trata de nomear uma comissão para emendar a Constituição", mas, apenas, para apontar os artigos que "careçam de reforma". Acrescenta que lhe parece absurdo "que não possa ser executado por três membros aquilo que pode fazer um só" (11).

O requerimento do Sr. Cesário de Miranda Ribeiro é aprovado na mesma sessão, ficando a Comissão especial constituída dos Srs. Cesário de Miranda Ribeiro, Paulo Souza e Costa Carvalho.

Na sessão de 9 de julho de 1831, o Sr. Cesário de Miranda Ribeiro oferece a conclusão dos trabalhos da Comissão especial encarregada da reforma da Constituição: parecer (propondo as bases da lei) e pedido de urgência para a sua leitura.

Na oportunidade são suscitadas dúvidas quanto ao aspecto constitucional da tramitação da matéria:

a) A votação exigida para o apoio ao projeto (art. 174 da Constituição) seria procedida em globo, isto é, envolveria todas as reformas sugeridas no parecer da Comissão; ou seriam realizadas votações parciais pertinentes a cada artigo a ser reformado.

O Sr. *Rebouças* entende que, consoante as disposições constitucionais, o "apoiamento deve ter lugar sobre cada uma das reformas", requerendo o Sr. *Luiz Cavalcanti* providências nesse sentido. O entendimento é contestado pelo Sr. *Evaristo*, quando afirma: A Constituição nada diz a esse respeito, "não fazendo diferença entre uma ou muitas reformas"; por essa razão — afirma — a proposta "deve na totalidade ser apoiada pela terça parte da Câmara".

b) O projeto deveria ser impresso antes de submetido ao apoio dos Srs. Deputados.

Os Srs. *Amaral* e *Ernesto* apresentam requerimento no sentido da impressão imediata da proposta sob o argumento de que a Câmara não tem perfeito conhecimento da matéria. No mesmo teor manifesta-se o Sr. *Carneiro da Cunha*: "a proposta deve imprimir-se por ser impossível formar um juízo exato sobre ela sem primeiro meditar quanto à maneira pela qual a Comissão se há regulado, e para ver o sistema que há seguido, a fim de dar completo cumprimento ao objeto que teve a Câmara na deliberação de mandar organizar pela Comissão a dita proposta". Rebate a argumentação o Sr. *Evaristo*: "não se vai aprovar ou reprovar alguma das emendas, mas apoiá-las para preencher o disposto no art. 175 da Constituição, que manda que a proposta seja lida três vezes com intervalo de 6 dias de uma à outra leitura, para depois ter lugar a discussão e fazerem

(11) *Anais do Parlamento Brasileiro*. Tomo I, Sessão de 6 de maio de 1831, Brasília, Câmara dos Deputados, ed. de 1982.

os Srs. Deputados as reflexões e emendas que julgarem necessárias. Portanto, não vejo irregularidade ou precipitação em se apoiar já a proposta da Comissão, procedendo-se à sua leitura". À argumentação somem-se os esclarecimentos dos Srs. *Cesário de Miranda Ribeiro*: "apoiar não significa aprovar" e *Odorico*: "eu creio que é costume da Casa não se mandar imprimir projeto ou emenda antes de ser apoiada; seguir, agora, prática contrária seria transformar a regra geral".

c) O projeto apresentado infringiria a Constituição, porquanto o art. 174 autoriza, apenas, reformas parciais e não uma reforma total como quer a Comissão.

Defendem a tese: O Sr. *Rebouças*: "o art. 174 fala de alguns artigos e não de um sistema geral, o que importa nova Constituição. As reformas devem ser parciais e não gerais, devendo cada uma passar pelo mesmo intervalo dos 6 dias, e ser submetida separadamente ao apoioamento...".

O Sr. *Hollandia*: "o desejo que se tem mostrado de reformar a Constituição faz com que nós agora, em lugar talvez de reformá-la, vamos destruí-la. Não é este o espírito da Constituição, não são estes os poderes que nos foram confiados; não temos poderes para destruir a Constituição, mas para reformar alguns artigos... Como queremos nós, pois, deitar a Constituição por terra e fazer uma nova Constituição? A nossa Constituição, Sr. Presidente, é amada pelos brasileiros... Não tratemos de exasperar o desejo que há de que se façam algumas reformas. A Câmara pode mandar imprimir a proposta da Comissão, não a considerando como reforma à Constituição, mas como memória, da qual poderá aproveitar-se, depois de impressa, o que for mais consentâneo às nossas instituições. Porém, eu digo que a inteligência do artigo da Constituição sobre reformas não tem sido bem fixada, nem o artigo tem sido bem entendido. Muitos membros desta Casa e muitas pessoas, que eu considero com muita capacidade para a inteligência destas doutrinas, dizem que as reformas devem ser feitas por esta maneira: a Câmara decretar que tal artigo deve ser reformado e os eleitores darem poderes para se proceder à reforma, discutir-se, etc. Outras pessoas, porém, entendem que as reformas devem vir declaradas na lei para os eleitores conferirem a competente autorização. Eis duas inteligências diferentes, que convém decidir previamente, para depois se proceder à feitura da lei que deve autorizar a reforma... Quem refletir na natureza do trabalho da Comissão verá que é ilusório e que não reformaremos nada enquanto pretendermos reformar tudo; por isso me declaro inteiramente contra o apoioamento desta matéria...".

Elucida a questão o Sr. *Carneiro Leão*: "... Eu entendo que, mesmo quando se propõe a reforma de todos os artigos da Constituição, excetuados aqueles que dizem respeito às garantias, contanto que se guarde a disposição do art. 175, etc., não se destrói, mas se reforma a Constituição. Portanto a proposta deve ser lida e apoiada... Também não se pode considerá-la como memória, porque seria memória se tivesse sido apre-

sentada por algum cidadão que não fosse membro da Câmara, porém sendo feita por membro desta Casa é uma proposta" (12).

Procedida à votação, delibera a Câmara no sentido de que o projeto deve ser lido antes da impressão, como também deve ser apoiado em globo.

b) Parecer da Comissão Especial sobre a reforma da Constituição (13)

A Comissão Especial encarregada de propor por escrito, conforme o art. 174 da Constituição do Império, a reforma dos artigos dela, que lhe parecessem reformáveis, propõe:

Quanto ao título 1º:

Que o art. 1º seja redigido assim: — O Império do Brasil é a associação política dos cidadãos brasileiros de todas as suas Províncias, federadas por esta Constituição. Eles formam uma nação livre e independente, etc., como está no artigo.

Que o art. 2º seja substituído por este outro: — Art. 2º — Do seu território far-se-ão as divisões que forem mais convenientes ao bem do Império, em geral, e de cada uma das Províncias, em particular.

Que no art. 4º se suprimam as palavras — atual — e as seguintes até o fim do artigo.

Quanto ao título 2º:

Que ao § 5º do art. 6º se acrescentem depois das palavras — carta de naturalização — as seguintes: — e o modo prático de a obter.

Que o § 2º do art. 8º seja redigido assim: — Por sentença, que imponha tal pena, ou condene à prisão, ou degredo, enquanto durarem seus efeitos.

Quanto ao título 3º:

Que se suprima o art. 9º

Que o art. 10 seja redigido assim: — Os Poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são três: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

(12) *Anais do Parlamento Brasileiro*. Tomo I, Sessão de 9 de julho de 1831, Câmara dos Deputados, Brasília, ed. 1982.

(13) *Anais do Parlamento Brasileiro*. Câmara dos Deputados, 1834, Tomo I, "Breves Noções Históricas". Trabalho de compilação. Brasília, 1982.

Quanto ao título 4º:

Que a matéria deste título até o capítulo 3º, inclusive, seja dividida em dois capítulos.

Que o primeiro capítulo mostre a quem é delegado o Poder Legislativo, e as atribuições que competem a este Poder.

Que o segundo capítulo seja dividido em quatro seções; a primeira das quais mostre o que é Assembléia Nacional, e as atribuições que lhe competem sem a concorrência do outro ramo do Poder Legislativo; a segunda, o que é Câmara dos Deputados e suas atribuições privativas; a terceira, o que é Câmara dos Senadores e suas atribuições privativas; e a quarta finalmente contenha as disposições comuns a uma e outra Câmara.

E, conseqüentemente, que este título até o capítulo indicado seja organizado pela maneira seguinte, fazendo-se nos artigos da Constituição as alterações que à Comissão pareceram convenientes:

TÍTULO IV

Do Poder Legislativo

CAPÍTULO I

Artigo. O Poder Legislativo é delegado à Assembléia Nacional e ao Imperador conjuntamente, na forma que a Constituição prescreve.

Artigo. Compete ao Poder Legislativo:

1º Fixar anualmente as despesas gerais do Império e os impostos para elas necessários.

2º Fixar anualmente, sobre a informação do governo, as forças de terra e mar.

3º Conceder ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra ou de mar dentro do Império ou dos seus portos.

4º Repartir a contribuição direta, havendo-a, entre as diversas Províncias do Império.

5º Autorizar o governo para contrair empréstimos.

6º Criar ou suprimir empregos públicos.

7º Determinar o peso, valor, inscrição, tipo e denominação das moedas, assim como o padrão dos pesos e medidas.

8º Regular a administração dos bens nacionais e decretar sua alienação.

- 9º Estabelecer meios convenientes para pagamento da dívida pública.
10. Fazer as leis gerais do Império, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.
11. Velar sobre a observância da Constituição e das leis, e promover o bem geral da nação na forma delas.
12. No princípio de cada reinado instituir exame da administração que acabou e reformar os abusos nela introduzidos.

CAPÍTULO II

Da Assembléa Nacional

SEÇÃO 1ª

De sua Divisão e Atribuições

Artigo. A Assembléa Nacional compõe-se de duas Câmaras: Câmara de Deputados e Câmara de Senadores ou Senado.

Artigo. É da atribuição privativa da Assembléa Nacional, sem a concorrência do outro ramo do Poder Legislativo:

- 1º Tomar juramento ao Imperador, ao Príncipe Imperial e ao Regente.
- 2º Reconhecer o Príncipe Imperial como sucessor do trono, na primeira reunião depois do seu nascimento.
- 3º Nomear tutor ao Imperador menor, caso seu pai o não tenha nomeado em testamento.
- 4º Resolver as dúvidas que ocorrerem sobre a sucessão da coroa.
- 5º Escolher nova dinastia, no caso da extinção da imperante.
- 6º Apurar os votos para a eleição do Regente e Vice-Regente, remetidos pelas Assembléas provinciais do Império.
- 7º Eleger por maioria absoluta de votos, na reunião de ambas as Câmaras, um Regente, que provisoriamente governe o Império, enquanto não tomar conta do governo o que for eleito pelas Assembléas provinciais.
- 8º Adiar a sessão por comum acordo entre as duas Câmaras, para o tempo que convier.
- 9º Mudar-se, por comum acordo entre as duas Câmaras, para outro lugar, quando, por causa da peste, invasão de inimigos ou falta de liberdade, o queira fazer.

SEÇÃO 2ª

Da Câmara dos Deputados

Artigo. A Câmara dos Deputados constará de membros eleitos para servirem por dois anos, que se contarão por uma legislatura.

Artigo. Começarão na Câmara dos Deputados as leis:

1º Sobre impostos gerais.

2º Sobre recrutamentos.

3º Sobre a escolha de nova dinastia, no caso da extinção da imperante.

4º O exame da administração passada e reforma dos abusos nela introduzidos.

5º A discussão das propostas feitas pelo Poder Executivo.

Artigo. É da privativa atribuição da mesma Câmara decretar que tem lugar a acusação dos Ministros de Estado e de outros empregados públicos que as leis designarem.

SEÇÃO 3ª

Da Câmara dos Senadores

Artigo. A Câmara dos Senadores será também composta de membros eletivos, dos quais a terça parte será renovada de dois em dois anos por novas eleições.

Artigo. É da privativa atribuição do Senado:

1º Conhecer dos delitos individuais cometidos pelos membros da família imperial, Ministros de Estado, Senadores e Deputados, durante o tempo em que forem Senadores ou Deputados.

2º Conhecer da responsabilidade dos Ministros de Estado e mais empregados públicos, cuja acusação competir, pela Constituição ou pelas leis, à Câmara dos Deputados.

SEÇÃO 4ª

Disposições Comuns a uma e outra Câmara

Artigo. A abertura das sessões se fará todos os anos no dia 3 de maio; o encerramento naquele que ambas as Câmaras designarem de comum acordo entre si.

Artigo. As sessões dos dias da abertura e encerramento serão imperiais, e se farão em Assembléa Nacional, reunidas ambas as Câmaras.

Artigo. Seu cerimonial e o da participação ao Imperador serão feitos na forma do regimento comum.

Artigo. Na reunião das duas Câmaras o Presidente do Senado dirigirá o trabalho; os Deputados e Senadores tomarão lugar indistintamente.

Artigo. Na presença do Imperador, Príncipe Imperial ou Regente, não poderá a Assembléia Nacional ou cada uma das Câmaras deliberar.

Artigo. A nomeação dos respectivos presidentes, vice-presidentes e secretários, verificação dos poderes de seus membros, juramento e sua policia interior se executarão em cada uma das Câmaras na forma dos seus regimentos.

Artigo. Também compete a cada uma das Câmaras a nomeação e demissão dos officiaes das secretarias e mais empregados no serviço interno ou externo de suas respectivas salas, e marcar-lhes ordenados.

Artigo. Não se poderá deliberar em cada uma das Câmaras, sem que estejam reunidos dois terços dos seus respectivos membros; menor número só poderá tratar dos meios de fazer que os membros ausentes se apresentem e de outras medidas preparatórias da abertura das sessões.

Artigo. As sessões da Assembléia Nacional ou de cada uma das Câmaras serão públicas, exceto nos casos em que o bem do Estado exigir que sejam secretas.

Artigo. Os negócios serão resolvidos pela maioria absoluta de votos dos membros presentes nos casos em que não estiver especificada a necessidade de um determinado número de votos, além desta maioria.

Artigo. Os membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões que proferirem no exercício de suas funções.

Artigo. Nenhum Senador ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de tal gravidade, a que as leis neguem alvará de fiança.

Artigo. Se algum Senador ou Deputado for pronunciado, o juiz remeterá o processo à sua respectiva Câmara, a qual decidirá se o processo deve continuar, e o membro ser, ou não, suspenso do exercício de suas funções.

Artigo. Os Senadores e Deputados poderão ser nomeados para o cargo de Ministro de Estado; mas deixam vago o seu lugar, e só acumularão as duas funções se forem reeleitos pela nova eleição, a que se procederá.

Artigo. Também acumulam as duas funções, se já exerciam o mencionado cargo, quando foram eleitos: ou se forem novamente nomeados

para exercê-lo, depois de haverem sido reeleitos por idêntico motivo, durante a mesma Legislatura.

Artigo. O exercício de qualquer emprego, à exceção do de Ministro de Estado, cessa inteiramente enquanto durarem as funções de Deputado ou Senador.

Artigo. No intervalo das sessões não poderá o Governo empregar um Deputado ou Senador, fora do Império; nem mesmo irão exercer seus empregos, quando isso os impossibilite, para se reunirem no tempo da sessão ordinária ou extraordinária.

Artigo. Se por algum caso imprevisto, de que dependa a segurança pública ou o bem do Estado, for indispensável que algum Senador ou Deputado saia para outra comissão, fora ou dentro do Império; somente nesse caso a respectiva Câmara o poderá determinar; ou não estando reunida, o Governo sob sua responsabilidade, dando-lhe logo conta, apenas se achar reunida.

Artigo. À exceção dos casos em que o Senado trabalhar como tribunal de justiça, toda a sua reunião, fora do tempo das sessões da Câmara dos Deputados, é ilícita e nula.

Artigo. Cada uma das Câmaras terá o tratamento de Augustos e Dignísimos Srs. Representantes da Nação.

Artigo. Tanto os Deputados como os Senadores vencerão diariamente, durante as sessões, um subsídio pecuniário, taxado no fim da última sessão da Legislatura antecedente. Além disto se lhes arbitrará uma indenização para as despesas da vinda e volta.

Quanto ao capítulo 4º deste título, que passa a ser capítulo 3º

Da proposição, discussão, sanção e promulgação das leis:

Propõe a Comissão que o art. 54 seja substituído por este outro: — Os Ministros podem assistir e discutir a proposta, depois do relatório da Comissão. E também podem assistir a quaisquer outras discussões e dar os esclarecimentos necessários, para o que se lhes destinarão assentos em cada uma das Câmaras.

Que no art. 56 em lugar das palavras — e lhe suplica respeitosamente — se diga — e lhe pede.

Que no art. 61 em lugar das palavras — poderá requerer — e as seguintes até o fim do artigo — se diga — poderá reenviá-lo à outra Câmara com novas alterações ou adições; e assim se irá procedendo em cada uma das Câmaras até que o projeto seja aprovado ou rejeitado.

Que o art. 64 seja substituído por este outro: — Se o Imperador entender que há razões para que seja rejeitado ou emendado o decreto

ou resolução, poderá suspender a sanção com a seguinte fórmula: — volte à Assembléa Nacional —, mandando por escrito à Câmara que o tiver enviado a exposição das referidas razões.

Que o art. 65 seja substituído por este outro: — Depois de impressa a exposição, será novamente discutido o projeto; e se for adotado, com emendas ou sem elas, por duas terças partes de votos dos membros presentes em cada uma das Câmaras, será outra vez apresentado ao Imperador, que o sancionará. Se não for adotado, não poderá ser o projeto novamente proposto na mesma sessão.

Que os arts. 66 e 67 sejam substituídos por este outro: — O Imperador dará a sanção a cada decreto ou resolução dentro de um mês, depois que lhe for apresentado: se a não der expressamente, e não praticar o disposto no art. 64 dentro do referido tempo, entender-se-á que a deu, e o decreto ou resolução terá força de lei.

Que no art. 69 se suprimam as palavras — e defensor perpétuo.

Quanto ao capítulo 5º — Dos conselhos gerais de Províncias, etc.:

Que este capítulo passe para o título 7º, onde se tratará da administração das Províncias.

Quanto ao capítulo 6º — Das eleições:

Que este capítulo, que passa a ser o 4º deste título, seja dividido em duas seções, das quais na primeira se trate da eleição dos Deputados, na segunda da dos Senadores.

Que na primeira sessão se adote quanto está na Constituição, com as seguintes pequenas alterações:

1ª) Suprimindo-se no art. 90 as palavras — e Senadores, e membros dos conselhos gerais das Províncias — e estas outras — e província.

2ª) Substituindo-se no § 1º do art. 92 as palavras — 25 anos — por estas outras — 21 anos.

3ª) Suprimindo-se no art. 94, § 3º, e aditando-se no § 1º do mesmo artigo à palavra — emprego — esta outra — perpétuo: o mesmo aditamento terá lugar todas as vezes que se ler a palavra — emprego — neste capítulo.

4ª) Suprimindo-se também no art. 94 as palavras — Senadores e membros dos conselhos gerais de Província.

5ª) Suprimindo-se o art. 96.

Artigo. No dia 3 de julho do segundo ano de cada legislatura, proceder-se-á em todos os colégios eleitorais do Império à eleição dos Deputados nacionais, que hão de servir na legislatura seguinte. A lei marcará o modo prático das eleições e o número dos Deputados relativamente à população do Império.

Quanto à 2ª seção, que se redija assim:

SEÇÃO 2ª

Dos Senadores

Artigo. Os Senadores serão eleitos pelas Assembléias provinciais, reunidas ambas as Câmaras; por escrutínio secreto; e à maioria absoluta de votos dos membros presentes.

Artigo. Cada Província dará tantos Senadores nacionais quantos forem metade dos seus respectivos Deputados nacionais, com a diferença que, quando o número dos Deputados for ímpar, o número dos Senadores será metade do número imediatamente menor, de maneira que a Província que houver de dar 11 Deputados nacionais, dará 5 Senadores nacionais.

Artigo. A Província que der um só Deputado nacional elegerá todavia seu Senador nacional, não obstante a regra acima estabelecida.

Artigo. Para ser Senador, requer-se:

1º Que tenha as qualidades necessárias para poder ser nomeado Deputado nacional, e além disto:

2º Que tenha de idade ao menos 35 anos.

3º Que tenha de rendimento anual por bens, indústria, comércio ou emprego perpétuo, a soma de 800\$000.

Artigo. Os Senadores nacionais logo que se reunirem em consequência da sua primeira eleição serão divididos pela sorte em três classes: os da 1ª classe deixarão vagos os seus lugares no fim do segundo ano; os da 2ª, no fim do quarto ano; e os da 3ª, no fim do sexto ano; de maneira que na primeira sessão de cada legislatura aparecerá renovada a terça parte dos Senadores nacionais.

Artigo. As eleições ordinárias serão feitas pelas Assembléias provinciais daquelas Províncias a que pertencerem os Senadores da classe que se houver de nomear; assim estas, como as eleições que se houverem de fazer, para encher as vagas que ocorrerem, durante a legislatura, serão feitas pelo mesmo modo das primeiras.

Artigo. O tempo das eleições ordinárias será designado pelas Assembléias provinciais com atenção às circunstâncias, para que os Senadores se apresentem na respectiva Câmara no tempo legal.

Artigo. Do processo da eleição se fará uma ata em livro para isso próprio assinada por todos os votantes, cuja cópia, transmitida pelo Presidente do Senado provincial, será o diploma dos Senadores nacionais.

DISPOSIÇÃO GERAL

Artigo. Os cidadãos brasileiros, em qualquer parte que existam, são elegíveis em cada distrito eleitoral para Deputados, ou Senadores nacionais, ainda quando aí não sejam nascidos, residentes ou domiciliados.

Quanto ao título 5º, propõe a Comissão:

Que seja suprimido o capítulo 1º, que trata do Poder Moderador; passando algumas atribuições deste poder para o Executivo, que faz o objeto do capítulo 2º, o qual fica sendo neste título o — Capítulo 1º — Do Poder Executivo.

E a Comissão propõe que ele contenha os artigos seguintes:

Artigo. O Poder Executivo é delegado ao Imperador.

Artigo. A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: seu título é: Imperador Constitucional do Brasil: e tem o tratamento de — Majestade Imperial.

Artigo. São atribuições do Imperador:

1ª Nomear e demitir livremente os Ministros de Estado.

2ª Fixar o dia do encerramento, ou o tempo do adiamento da sessão anual, quando sobre uma ou outra coisa não haja o acordo entre as duas Câmaras da Assembléa Nacional.

3ª Sancionar e promulgar as leis em seu nome.

4ª Nomear bispos, presidentes de Província, comandantes da força de terra e mar, os chefes das repartições de fazenda, e prover os empregos públicos, cujos provimentos não pertencerem pela Constituição, ou pelas leis, a outras autoridades, podendo suspender e remover os empregados nos casos e pelo modo que as mesmas leis marcarem.

5ª Nomear embaixadores e mais agentes diplomáticos e comerciais.

6ª Conceder remunerações, honras e distinções em recompensa de serviços feitos ao Estado; na conformidade porém das leis que hão de regular esta matéria, e precedendo a aprovação da Assembléa Nacional, se as remunerações forem pecuniárias.

7ª Agraciar os condenados, perdoando em todo, ou minorando as penas, exceto aos Ministros de Estado, a quem poderá somente perdoar a pena de morte.

8ª Declarar a guerra, e fazer a paz, precedendo a aprovação da Assembléa Nacional.

9ª Fazer quaisquer tratados ou convenções, precedendo aprovação da Assembléa Nacional, sem o que os não ratificará.

10. Conceder ou negar o seu beneplácito aos decretos dos Concílios, letras pontifícias, e quaisquer outras Constituições eclesiásticas, que se não opuserem à Constituição e leis do Império, precedendo a aprovação da Assembléa Nacional, se contiverem disposição geral.

11. Convocar a Assembléa Nacional extraordinariamente nos intervalos das sessões, quando assim o pedir o bem do Império.

12. Empregar as forças de mar e terra, na forma das leis, como bem lhe parecer conveniente à segurança e defesa do Império.

13. Fazer executar as leis, expedir decretos e regulamentos adequados a este fim, e prover a tudo o que for conveniente à segurança interna e externa, na forma da Constituição e das leis.

Artigo. O Imperador, antes de ser aclamado, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Câmaras, o seguinte juramento: — Juro manter a Religião Católica, Apostólica, Romana; a integridade e indivisibilidade do Império; observar e fazer observar a Constituição política da nação brasileira e mais leis do Império; e prover ao bem geral do Brasil, quanto em mim couber.

Artigo. O Imperador não poderá sair do Império do Brasil, sem o consentimento da Assembléa Nacional; e se o fizer, se entenderá que abdicou à coroa.

Quanto ao capítulo 3º, que vem a ser 2º — Da família imperial e sua dotação:

Que ao art. 107 se adicione depois das palavras finais — de sua alta dignidade — o seguinte — e designará os palácios, que julgar convenientes para a sua decência e recreio.

Que o art. 108 seja suprimido.

Que no art. 110, depois das palavras — e nomeação do imperador — se acrescentem estas — e do seu tutor na minoridade deste — e depois da palavra — Assembléa — se acrescente — Nacional.

Que o art. 115 seja suprimido.

Quanto ao capítulo 4º, que vem a ser 3º — Da sucessão do Imperio,

Que o art. 116 seja suprimido.

Que o art. 117 comece assim — a descendência legítima do senhor D. Pedro I sucederá no trono — e o mais como está no artigo.

Que no art. 120 em lugar da palavra — geral — se diga nacional.

Que a este capítulo se faça o seguinte aditamento:

Artigo. Se o herdeiro da coroa brasileira suceder em coroa estrangeira, ou vice-versa, não poderá acumular ambas as coroas, mas terá opção, e optando a estrangeira, se entenderá que renuncia à do Império.

Artigo. O mesmo se entende como o Imperador, que suceder, em coroa estrangeira.

Artigo. Qualquer membro da família imperial, que tenha direito à sucessão do Império, saindo para fora dele, sem licença da Assembléa Nacional, se entenderá que tem renunciado ao seu direito.

Quanto ao capítulo 5º, que vem a ser 4º – Da regência na minoridade ou impedimento do Imperador:

Que os arts. 122 e seguintes até 125, inclusive, sejam substituídos por estes outros:

Artigo. Durante a sua minoridade, o Império será governado por um Regente, ou Vice-Regente, eleitos pelas Assembléas provinciais do Império.

Artigo. Os votos para estas eleições hão de ser apurados pela Assembléa Nacional, à qual serão remetidas as respectivas atas pelas Assembléas provinciais.

Artigo. Feita a apuração, será declarado Regente aquele que for mais votado, se reunir maioria absoluta de votos: não sucedendo assim, entrarão em escrutínio os três mais votados até que algum deles obtenha aquela maioria: outro tanto se praticará acerca do Vice-Regente.

Artigo. Antes deste Regente, e enquanto pela Assembléa Nacional não for eleito o Regente provisional, governará interinamente o Império aquele Ministro de Estado que for para isso eleito pelos seus colegas, os quais, assim como a Assembléa Nacional, farão constar a eleição que fizerem por seu manifesto, dirigido aos presidentes das Províncias, para o publicarem: e avisarão às Assembléas provinciais para procederem na eleição do Regente e Vice-Regente.

Que ao art. 126 se adicionem depois das palavras – 18 anos – as seguintes – não sendo, governará o Regente, como fica disposto.

Artigo. Nenhum Regente, não sendo o Príncipe imperial, governará mais de quatro anos.

Que os arts. 127 e seguintes sejam redigidos em harmonia com a doutrina dos antecedentes.

Propõe mais a Comissão que o capítulo 7º – Do Conselho de Estado – seja suprimido.

Que o capítulo 8º – Da força militar – seja redigido assim:

Artigo. Para a defesa da Constituição e do Império, no serviço por terra, haverá exército de primeira linha, guardas nacionais, e guardas policiaes. Para o mesmo fim, no serviço por mar, haverá uma armada marítima.

Artigo. Todas estas classes da força militar serão reguladas por leis próprias, e segundo as mesmas leis serão empregadas.

Artigo. A força militar de terra e mar é essencialmente obediente; nunca se poderá reunir sem que lhe seja ordenado pela autoridade legítima; toda a deliberação por ela tomada acerca dos negócios públicos é ilícita e nula.

Artigo. Os oficiais do exército e armada não podem ser privados de suas patentes, senão por sentença proferida em juízo competente.

Artigo. A lei determinará cada ano o número da força militar da primeira linha de terra e da de mar, e o modo do seu recrutamento: quando o não faça, ficará dissolvida a que existir.

Quanto ao título 6º – Do poder policial:

CAPÍTULO ÚNICO

Que o art. 151 seja substituído por este outro: – O Poder Judicial é delegado a tribunais judiciários, e a juizes de direito e jurados.

Que o art. 152 seja substituído por este outro:

A lei regulará a composição do conselho dos jurados; em que casos, e por que modo terão estes lugar.

Que os arts. 153 e 155 sejam substituídos por estes outros:

Artigo. Também a nomeação, condições de elegibilidade, atribuições, obrigações, graduações, e competência dos tribunais judiciários, e juizes de direito, serão reguladas pelas leis.

Artigo. Os juizes de direito, ou sejam de primeira instância, ou membros dos tribunais judiciários, conservarão os seus lugares, enquanto bem servirem, e só por sentença poderão perdê-los.

Artigo. Esta inamovibilidade dos juizes de direito não se opõe à mudança deles de uns para outros lugares, como e no tempo que a lei determinar.

Que o artigo 154 seja substituído por este outro:

Artigo. Por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos, e a informação necessária, poderão ser suspensos, e processados na forma das leis.

Que os arts. 156 e 158 sejam suprimidos.

Que os arts. 161 e 162 sejam substituídos por este:

Artigo. Nenhum processo dos que não forem excetuados por lei começará, sem que se tenha intentado o meio da reconciliação perante os juizes de paz, cuja nomeação, atribuições e distritos as leis regularão.

Que os arts. 163 e seguintes sejam suprimidos.

TÍTULO VII

Do Governo das Províncias e sua Administração

CAPÍTULO I

Do Poder Legislativo das Províncias

Artigo. Haverá em cada uma das Províncias do Império um Poder Legislativo, o qual é delegado a uma Assembléa provincial, e ao Presidente da Província conjuntamente, na forma que a Constituição prescreve.

Artigo. Compete ao Poder Legislativo provincial:

1º Fazer leis pertencentes à sua Província, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, não versando as ditas leis sobre objetos, que pela Constituição sejam da competência da Assembléa Nacional.

2º Fixar anualmente as despesas provinciais e estabelecer os impostos necessários para elas.

3º Repartir pelos Municípios da Província a contribuição direta, que tiver sido imposta à Província pela Assembléa Nacional.

4º Velar sobre a observância da Constituição e das leis na sua Província, e promover o bem dela.

CAPÍTULO II

Da Assembléa Provincial

SEÇÃO 1ª

De sua Divisão e Atribuições

Artigo. A Assembléa provincial compõe-se de duas Câmaras: uma de Deputados provinciais e Câmara de Senadores, ou Senado provincial.

Artigo. É da atribuição da Assembléa provincial, sem a concorrência do outro ramo do Poder Legislativo:

1º Tomar juramento ao Presidente da Província e verificar o seu diploma.

2º Votar em cidadãos, que durante a minoridade, ou outro impedimento do Imperador exerçam o cargo de Regente, e de Vice-Regente do Império.

3º Prorrogar a sessão e adiá-la por comum acordo para o tempo que convier.

4º Mudar-se para outro lugar da mesma Província, e ordenar a mudança do Presidente, quando por causa de peste, invasão de inimigos, ou falta de liberdade o julgue conveniente.

5º Apurar os votos para Vice-Presidente da Província, e escolher dos seis cidadãos mais votados os que como tais hão de servir, caso não tenha recaído a maioria absoluta de votos em dois cidadãos, que sirvam este cargo.

6º Representar ao Poder Executivo e à Assembléia Nacional contra os abusos, e prevaricações do Presidente da Província.

7º Recomendar ao Presidente da Província a punição legal dos empregados públicos na Província, que mal se houverem no desempenho de suas obrigações.

SEÇÃO 2ª

Da Câmara dos Deputados Provinciais

Artigo. A Câmara dos Deputados provinciais constará de 24 membros nas Províncias, que derem para a Assembléia Nacional até cinco Deputados; constará de 32 nas que derem até 12; constará de 40 membros nas que derem mais de 12.

Artigo. Os Deputados provinciais serão eleitos para servirem por dois anos, que se contarão por uma legislatura.

Artigo. Principliarão na Câmara dos Deputados provinciais:

1º As leis que versarem sobre impostos provinciais.

2º A discussão das propostas mandadas fazer pelo Presidente da Província.

SEÇÃO 3ª

Do Senado Provincial

Artigo. O Senado provincial constará de tantos membros quantos fizerem a metade dos Deputados provinciais: os Senadores serão eleitos para servirem por espaço de seis anos, devendo a terça parte ser renovada de dois em dois anos por novas eleições.

Artigo. É da atribuição privativa do Senado provincial.

Conhecer dos delitos dos Senadores, e Deputados provinciais, cometidos durante o tempo, que forem Deputados ou Senadores.

SEÇÃO 4ª

Disposições Comuns a cada uma das Câmaras Provinciais

Artigo. A abertura das sessões de cada uma das Câmaras provinciais se fará na capital da província todos os anos no dia 1º de dezembro; e

havendo algum impedimento, em qualquer outro seguinte; as sessões ordinárias durarão dois meses:

Artigo. A abertura e encerramento das sessões serão feitos pelo Presidente da província em Assembléia provincial, reunidas ambas as Câmaras; o seu cerimonial, e o da participação ao Presidente se fará na forma do regimento comum.

Artigo. Na reunião das Câmaras provinciais o Presidente do Senado dirigirá o trabalho; os Deputados e Senadores tomarão assento indistintamente.

Artigo. A nomeação dos respectivos presidentes, vice-presidentes, secretários, oficiais de secretaria, e mais empregados, verificação dos poderes de seus membros, juramento, e sua polícia interior, se executarão na forma dos seus regimentos.

Artigo. Não se pode deliberar em cada uma das Câmaras provinciais, sem que estejam reunidos dois terços dos seus respectivos membros: menor número só poderá tratar dos meios de fazer que se apresentem os membros ausentes, e de outras medidas preparatórias para a abertura das sessões.

Artigo. As sessões das Assembléias provinciais de cada uma das Câmaras serão públicas, exceto no caso em que o bem do Estado exigir que sejam secretas.

Artigo. Os negócios serão resolvidos pela maioria absoluta de votos dos membros presentes nos casos em que não estiver especificada a necessidade de um maior número de votos.

Artigo. Os membros de cada uma das Câmaras provinciais são invioláveis pelas opiniões que proferirem no exercício de suas funções.

Os Senadores e Deputados provinciais não poderão ser presos por autoridade alguma; salvo sendo por ordem da sua respectiva Câmara, ou em flagrante delicto de tal gravidade, a que as leis neguem alvará de fiança.

Artigo. Se algum Senador ou Deputado provincial for pronunciado, o juiz remeterá o processo à respectiva Câmara, a qual decidirá se o processo deve continuar, e o membro ser, ou não, suspenso do exercício de suas funções.

Artigo. Os Senadores e Deputados provinciais poderão ser nomeados Presidentes das Províncias; mas deixarão vago o seu lugar, que será substituído na forma que a lei determinar.

Artigo. O exercício de qualquer emprego cessa interinamente enquanto durarem as funções dos Deputados e Senadores provinciais.

Artigo. À exceção dos casos em que o Senado provincial trabalhar como tribunal de justiça, toda a sua reunião fora do tempo das sessões da Câmara dos Deputados provinciais é ilícita e nula.

Artigo. Cada uma das Câmaras provinciais terá o tratamento de Digníssimos Srs. Representantes da Província de

Artigo. Os Senadores e Deputados provinciais vencerão diariamente, durante o tempo das sessões, um subsídio pecuniário taxado para cada Legislatura pela Assembléa Nacional.

CAPÍTULO III

Da Proposição, Discussão, Sanção e Promulgação das Leis feitas pela Assembléa Provincial

Artigo. A proposição e discussão das leis provinciais serão feitas pelas Câmaras provinciais, em conformidade das regras estabelecidas no capítulo 3^a do título 4^a para as leis que hão de ser feitas pela Assembléa Nacional; com a declaração de que os Presidentes das Províncias poderão mandar fazer propostas pelos seus respectivos secretários.

Artigo. A sanção das leis provinciais será dada pelo respectivo Presidente da Província, ao qual ficam competindo, a respeito da sanção das leis provinciais, as mesmas atribuições que competem ao Imperador a respeito da sanção das leis feitas pela Assembléa Nacional; com a declaração, porém, denegando o Presidente a sanção, e decidindo cada uma das Câmaras provinciais, pelos dois terços de votos, que a lei passe, sem embargo das razões expostas pelo Presidente, será essa lei levada ao conhecimento da Assembléa Nacional, que a discutirá e decidirá definitivamente se a lei deve, ou não, ser executada na Província.

Artigo. A fórmula da promulgação das leis provinciais será concebida nos seguintes termos: — F. Presidente da Província de . . . faz saber, que a Assembléa provincial decretou, e ele sancionou a lei seguinte (a íntegra da lei nas suas disposições somente); manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente como nela se contém. O Secretário desta Província a faça imprimir, publicar e correr.

CAPÍTULO IV

Das Eleições dos Deputados e Senadores Provinciais

Artigo. As eleições primárias para nomeação dos Senadores e Deputados provinciais começarão em todas as províncias ao mesmo tempo em que se elegerem os Deputados nacionais.

Artigo. Os Deputados e Senadores provinciais serão nomeados por eleições indiretas, elegendo a massa dos cidadãos ativos, em assembléas

paroquiais, os eleitores, e estes os ditos Deputados e Senadores; os quais deverão ter as mesmas condições de elegibilidade, que devem ter os Senadores e Deputados nacionais.

Artigo. O modo prático destas eleições será marcado por lei da Assembléa Nacional.

CAPÍTULO V

Do Poder Executivo das Províncias

Artigo. Haverá em cada uma das províncias do Império uma delegação do Poder Executivo, a qual será confiada a um Presidente nomeado pelo Imperador, e amovível a seu arbítrio.

Artigo. O Presidente é responsável por abuso de poder, e por tudo quanto obrar contra a Constituição, e contra as leis.

Artigo. São suas atribuições:

1º Nomear e demitir livremente o seu secretário.

2º Sancionar e promulgar as leis provinciais em seu nome.

3º Convocar extraordinariamente a Assembléa provincial no intervalo das sessões, quando o exigir o bem da província.

4º Prover na forma das leis os empregos provinciais, que não forem eletivos e cuja nomeação não for privativa do Imperador ou de outra autoridade.

5º Fazer executar na sua província as leis, tanto gerais do Império, como particulares dela; expedir as instruções adequadas a este fim; e prover a tudo o que for concernente à segurança interna da Província.

6º Suspender os intendentes; e remeter à autoridade competente as queixas que contra eles houver, ou a exposição dos motivos da suspensão, para serem por ela julgados e responsabilizados.

7º Fixar o tempo de adiamento, ou prorrogação das sessões, quando sobre uma ou outra coisa não haja o acordo entre ambas as Câmaras.

Artigo. O Presidente da Província, antes de tomar posse, prestará nas mãos do Presidente do Senado provincial, reunidas ambas as Câmaras, o seguinte juramento: — Juro manter a Religião Católica, Apostólica, Romana, observar e fazer observar a Constituição, as leis gerais do Império e as particulares desta Província, ser fiel ao Imperador, e prover ao bem desta Província quanto em mim couber.

Artigo. Haverá em cada uma das Províncias do Império dois Vice-Presidentes, os quais serão nomeados pelos eleitores da Província, no mesmo tempo e maneira, por que se fizer a nomeação dos Deputados, e terão as condições de elegibilidade marcadas para os Senadores.

Artigo. As atas das eleições dos Vice-Presidentes serão remetidas à Assembléia provincial respectiva, a qual, no caso de que eles não tenham obtido a maioria absoluta de votos dos eleitores da Província, escolherá dentre os seis cidadãos mais votados os ditos dois Vice-Presidentes, e designará a ordem, pela qual deve um deles substituir ao Presidente na sua falta ou impedimentos e o outro ao 1º Vice-Presidente.

CAPÍTULO VI

Das Municipalidades

Artigo. Haverá em todas as cidades e vilas do Império ora existentes, e nas mais que para o futuro se criarem, municipalidades, às quais compete prover por meio de suas posturas ao governo econômico e policial das ditas cidades, vilas e seus termos, e aplicar as suas respectivas rendas.

Artigo. As municipalidades serão nomeadas de dois em dois anos, por eleição direta dos cidadãos ativos do Município; e constarão de sete Vereadores nos Municípios que tiverem até 2.000 fogos: de nove, nos que tiverem até 3.000; de onze, nos que tiverem até 4.000, e de treze, nos que tiverem mais.

Artigo. O modo prático das eleições, a formação das posturas, e as mais atribuições das municipalidades, serão decretadas por leis.

CAPÍTULO VII

Do Intendente

Artigo. Haverá em todas as cidades e vilas do Império um intendente e um vice-intendente, ao qual competirá executar e fazer executar, debaixo das ordens do Presidente da Província, as leis gerais do Império e as particulares da Província; e bem assim as posturas municipais.

Artigo. O intendente e vice-intendente serão nomeados de dois em dois anos por eleições diretas dos cidadãos ativos do Município.

Artigo. O exercício da sua autoridade, suas outras atribuições e modo prático de sua eleição serão determinados por leis.

Artigo. O intendente e vice-intendente devem ter as qualidades requeridas para ser Deputado.

Artigo. Sancionará as posturas da Câmara municipal, as quais serão remetidas e confirmadas ou rejeitadas pelas Assembléias provinciais, no mesmo caso em que as leis provinciais são remetidas e confirmadas ou rejeitadas pela Assembléia Nacional.

Artigo. As Assembléias provinciais poderão revogar as posturas das Câmaras municipais à vista de representações motivadas contra elas, feitas

por algum ou alguns cidadãos das respectivas municipalidades, caso as mesmas Câmaras não as tenham revogado.

Quanto ao capítulo 3º que vem a ser — capítulo 8º — Da fazenda nacional:

Propõe a comissão que o art. 171 se suprima, e em seu lugar se adotem estes:

Artigo. As despesas públicas e os impostos necessários para satisfazer a elas, ou são nacionais ou provinciais, o que se declarará por lei.

Artigo. Os impostos necessários para satisfazer às despesas nacionais serão fixados cada ano por lei geral, assim como por lei provincial os necessários para satisfazer às despesas provinciais, sem o que cessa a obrigação de os pagar.

Artigo. Podem ser estabelecidos por mais tempo os que forem destinados para pagamento da dívida pública.

Que o art. 171 na redação se harmonize com os antecedentes.

Quanto ao título 8º — Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros:

Que no art. 173 às palavras finais — como for justo — se acrescentem as seguintes — dentro dos limites marcados por ela.

Que no art. 174 em lugar das palavras — se passados quatro anos depois de jurada a Constituição do Brasil se conhecer — se diga — se a experiência mostrar que a Constituição merece reforma, se fará a proposição etc., como está no mesmo artigo.

Que o art. 175 seja substituído pelos dois artigos seguintes:

Artigo. A proposição poderá ser feita por qualquer Deputado nacional, e será lida por três vezes com intervalo de seis dias de uma a outra leitura.

Artigo. Feita a terceira leitura, deliberará a Câmara dos Deputados nacionais se deverá ser discutida a proposição, e decidindo-se afirmativamente, seguir-se-á tudo mais que é preciso para a formação de uma lei.

Que o art. 176 seja substituído por este outro: — Vencida a necessidade da reforma, convocar-se-á uma convenção, expedindo-se para isso lei, que será aprovada por dois terços de votos dos membros presentes e sancionada e promulgada pelo Imperador, em forma ordinária, e na qual se ordenará aos eleitores que nas procurações confirmem aos membros da convenção especial faculdade para a pretendida reforma.

Que o art. 177 seja substituído por este outro: — A convenção constará de tantos membros quantos forem os da Assembléa Nacional, das mesmas

qualificações, e eleitos pelo mesmo modo que os Deputados nacionais. Sem dois terços de seus membros não poderá fazer casa.

Artigo. A convenção não tratará de algum outro objeto além dos marcados na lei que a convocou; e as reformas que fizer serão valiosas e farão parte desta Constituição, se forem aprovadas por mais dois terços dos membros presentes.

Que o art. 187 seja suprimido.

Que no § 1º do art. 179 em lugar das palavras — nenhum cidadão — se diga — ninguém.

Que no § 7º do mesmo artigo, em lugar das palavras — todo o cidadão — se diga — todos.

Que se suprima a última parte do § 9º, que começa — e em geral, etc.

Que no § 14 do mesmo artigo, em lugar das palavras — todo o cidadão pode ser admitido — se diga — todos podem ser admitidos.

Que no § 30 do mesmo artigo, em lugar das palavras — todo o cidadão poderá — se diga — todos poderão.

Que o § 35 seja substituído por este outro: — Pedindo a segurança do Estado que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-á fazer por ato especial do Poder Legislativo nacional ou provincial, somente quando a Pátria se julgue em perigo iminente, por mais dos dois terços de votos em cada uma das Câmaras legislativas; sem igual número de votos, não passará a lei da suspensão; e as autoridades encarregadas de sua execução, que darão circunstanciada conta às mesmas Câmaras de quanto houverem feito, serão responsáveis pelos abusos que tiverem praticado a esse respeito.

Paço da Câmara dos Deputados, 8 de julho de 1831. — *Francisco de Paula Souza* — *José Cesário de Miranda Ribeiro* — *Francisco de Souza Paraizo*.

Na sessão de 18 de julho de 1831, o projeto de lei sobre reforma da Constituição, apresentado pela Comissão Especial, é lido (2ª leitura), como registram os Anais:

“Teve 2ª leitura e passou à 3ª o projeto de reforma da Constituição, apresentado pela Comissão Especial nomeada para esse efeito.”

Na sessão de 30 de julho de 1831, é adiada a 3ª leitura do projeto de lei sobre reforma da Constituição (Comissão Especial), nos termos abaixo transcritos:

“O Sr. Presidente consultou à Câmara se convinha fazer-se a terceira leitura do projeto de reforma da Constituição, ainda

que já se tinham passado os 6 dias, ou se era melhor efetuar-se a dita leitura depois de distribuídos os impressos.

Decidiu-se por esta última parte.”

Na sessão de 6 de agosto de 1831, procede-se-á à 3ª leitura do projeto de lei sobre reforma da Constituição (Comissão Especial). Na mesma sessão, em face de deliberação do Plenário, o projeto de lei é admitido à discussão.

Na sessão de 9 de setembro de 1831, a Câmara decide que o projeto de lei sobre reforma da Constituição (Comissão Especial) tem preferência para *discussão* sobre as demais proposições pertinentes à matéria em curso naquela Casa do Parlamento.

Na sessão de 17 de setembro de 1831, o projeto de lei sobre reforma da Constituição (Comissão Especial) é aprovado e passa à 2ª discussão.

Na sessão de 30 de setembro de 1831, é adiada a 2ª discussão do projeto de lei sobre reforma da Constituição, em face da apresentação do seguinte requerimento:

“Requeiro se discuta primeiro a questão preliminar, se a reforma da Constituição deve ser como propôs a ilustre Comissão, emendando-se logo os artigos, ou iniciando-se só os artigos reformáveis, como no projeto Luiz Cavalcanti — *Castro e Silva*.”

Na sessão de 7 de outubro de 1831, o requerimento supra é retirado pelo seu autor. Na mesma sessão o Sr. Ferreira da Veiga encaminha à Mesa o requerimento seguinte:

“Que se prefiram para base da segunda discussão as proposições do membro da Comissão de reforma da Constituição, como contendo o essencial do projeto da Comissão.”

O requerimento é aprovado e, em consequência, passa-se à discussão do art. 1º do projeto de autoria do Sr. Cesário de Miranda Ribeiro, abaixo transcrito:

Projeto substitutivo

A Assembléia Geral Legislativa decreta:

Art. 1º Os eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura lhes conferirão especial faculdade para, no sentido das proposições abaixo transcritas, reformarem os artigos da Constituição que lhes forem opostos.

Proposições

1ª A Constituição reconhece três Poderes políticos somente: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

2ª A Constituição marcará distintamente as atribuições que competem ao Poder Legislativo, as que competem à Assembléia Nacional sem a concorrência do outro ramo deste Poder, as que competem a cada uma das Câmaras que compõem a Assembléia Nacional, e as que são comuns a ambas as Câmaras, fazendo-se em cada uma destas atribuições as alterações que forem convenientes.

3ª A Câmara dos Deputados será renovada por novas eleições de dois em dois anos, que se contarão por uma Legislatura.

4ª A Câmara dos Senadores será também eletiva e temporária como a dos Deputados, com a diferença que quando esta for toda renovada, a dos Senadores somente será na sua terça parte. O modo prático da eleição e substituição dos Senadores será indicado na Constituição.

5ª Do Poder Moderador que se elimina da Constituição, passarão para o Poder Executivo as atribuições que convierem; as outras serão suprimidas.

6ª O Imperador, em lugar do veto suspensivo que a Constituição lhe dá, poderá somente suspender a sanção das leis, motivando a suspensão que todavia não obstará a passagem da lei, se, apesar das objeções, cada uma das Câmaras da Assembléia Nacional decidir que ela deve passar.

7ª Suprima-se na Constituição o título relativo ao Conselho de Estado.

8ª Os conselhos gerais serão convertidos em assembléias legislativas provinciais compostas de duas Câmaras, cujas leis sobre objetos que não forem da competência da Assembléia Nacional, terão vigor nas Províncias com a sanção dos Presidentes das respectivas Províncias.

9ª As rendas públicas serão distintas em nacionais e provinciais. Os impostos necessários para fazer face às despesas nacionais serão fixados pela Assembléia Nacional, e pelas Assembléias provinciais as que forem necessárias para fazer face às despesas das províncias.

10ª Durante a minoridade do Imperador, o Império será governado por um Regente ou Vice-Regente eleitos pelas Assembléias provinciais do Império, feita a apuração dos votos pela Assembléia Nacional.

11ª Nos Municípios haverá um intendente que será para ele o que for o Presidente nas Províncias.

Câmara dos Deputados, 30 de setembro de 1831. — *José Cesário de Miranda Ribeiro*.

Na discussão do art. 1º do projeto do Sr. Cesário de Miranda Ribeiro (sessão de 7 de outubro de 1831) são apresentadas e apoiadas as seguintes emendas:

1ª) Suprimam-se as últimas palavras do primeiro artigo. — *Henriques de Rezende*.

2ª) O art. 1º do título 1º da Constituição do Império será reformado no sentido de monarquia federativa e neste sentido serão também reformados os mais artigos que lhe dizem respeito — *Manoel do Amaral*.

3ª) A Assembléa Geral Legislativa decreta: Art. 1º — Os Deputados para a terceira legislatura terão plenos poderes para reformar os arts. 10, 40, 81, 82, 83, 123, 127, 129, 137, 165 e 166. Art. 2º — Se a mencionada legislatura julgar útil e necessária a reforma dos ditos artigos, ela será feita em sentido federal. Art. 3º — Todos os mais artigos da Constituição, que tiverem relação com os reformados, serão postos em harmonia com eles. — *Lobo de Souza*.

Encerrada a discussão do art. 1º do projeto Cesário de Miranda Ribeiro e das emendas a ele oferecidas, passa-se à votação da matéria, verificando-se o seguinte resultado:

Aprovado o art. 1º do projeto. Rejeitadas as emendas dos Srs. Lobo de Souza e Henriques de Rezende.

A emenda do Sr. Manoel do Amaral “fica reservada para quando se tratar dos outros artigos”.

A discussão da 1ª proposição do projeto Cesário de Miranda Ribeiro é adiada.

Na sessão de 11 de outubro de 1831, continua a discussão do projeto Cesário de Miranda Ribeiro, substituindo o da Comissão Especial.

Procede-se à votação; a primeira proposição é aprovada, bem como as demais proposições (2ª a 11ª). É aprovada, ainda, como artigo aditivo a emenda oferecida pelo Sr. Manoel do Amaral na sessão de 30 de setembro. A emenda dos Srs. Ernesto Ferreira França, Alves Branco e Fernandes da Silveira, abaixo transcrita, é rejeitada:

Cada Província nomeará uma Assembléa que faça a sua Constituição particular.

Assim registram os *Anais* a deliberação:

“Continuou a discussão da 1ª proposição do projeto da reforma da Constituição, apresentado pelo Sr. Miranda Ribeiro, substituindo o da Comissão; e, posta à votação, foi aprovada.

Entrando em discussão, sendo postas à votação separadamente as proposições 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª e 11ª, foram igualmente aprovadas, sendo rejeitada a emenda proposta e assinada pelos Srs. Ernesto Ferreira França, Alves Branco e Fernandes da Silveira.

Foi aprovada a emenda — artigo aditivo — do Sr. Manoel do Amaral.”

Na sessão de 12 de outubro de 1831, é encerrada a 2ª discussão do projeto de lei do Sr. Cesário de Miranda Ribeiro e, em face de requerimento de urgência do Sr. Ferreira da Veiga, aprovado pelo Plenário, passa-se à 3ª discussão (14).

O projeto é adotado e encaminhado à Comissão de Redação.

Na sessão de 13 de outubro de 1831, é lida e aprovada a redação nos termos abaixo transcritos:

Redação do projeto para a reforma da Constituição enviado ao Senado

A Assembléa Geral legislativa do Império do Brasil decreta:

Artigo único. Os eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura lhes conferirão nas procurações especial faculdade para reformarem os artigos da Constituição, que forem opostos às proposições, que se seguem:

§ 1º O governo do Império do Brasil será uma monarquia federativa.

§ 2º A Constituição reconhecerá somente três poderes políticos: o Legislativo, o Executivo e o Judicial.

§ 3º A Constituição marcará distintamente as atribuições que competem ao Poder Legislativo; as que competem à Assembléa Nacional sem a concorrência de outro ramo deste Poder; e as que são comuns a ambas as Câmaras; fazendo-se nas respectivas atribuições as alterações que forem convenientes.

§ 4º A Câmara dos Deputados será renovada por novas eleições de dois em dois anos, que formarão o período de cada Legislatura.

(14) Na oportunidade são apresentadas, mas não recebem apoio, as seguintes emendas, de autoria do Sr. Ferreira França:

1ª) Cada Província nomeará uma Assembléa que faça a sua Constituição particular.

2ª) Suprima-se a proposição 9ª que trata de rendas e impostos.

§ 5º A Câmara dos Senadores será eletiva, e temporária: a eleição de seus membros será na terça parte dos que a compõem, e terá lugar todas as vezes que se renovar a Câmara dos Deputados.

§ 6º Passarão para o Poder Executivo as atribuições do Poder Moderador, que for conveniente conservar; as outras serão suprimidas.

§ 7º O Poder Executivo só poderá suspender a sanção das leis, declarando por escrito os motivos; se, apesar disso, ambas as Câmaras declararem que o projeto deve passar, será ele promulgado como lei.

§ 8º Será suprimido na Constituição o capítulo relativo ao Conselho de Estado.

§ 9º Os conselhos gerais serão convertidos em Assembléias legislativas provinciais, compostas de duas Câmaras; as leis que elas fizerem nos objetos de sua competência terão vigor nas respectivas Províncias com a sanção dos Presidentes.

§ 10. As rendas públicas serão divididas em nacionais e provinciais; os impostos necessários para as despesas nacionais serão fixados pela Assembléia Nacional, e pelas Assembléias provinciais, os que forem necessários para as despesas provinciais.

§ 11. Durante a menoridade do Imperador, o Império será governado por um Regente ou Vice-Regente eleitos pelas Assembléias provinciais do Império, feita a apuração dos votos pela Assembléia Nacional.

§ 12. Nos Municípios haverá um intendente, que será neles o mesmo que os Presidentes nas Províncias.

Paço da Câmara dos Deputados, em 13 de outubro de 1831.
— José Martiniano de Alencar, Presidente. — Antonio Pinto Chichorro da Gama, 1.º-Secretário. — Rodrigo Antonio Monteiro de Barros, 2.º-Secretário.

SENADO

Posição do Senado

O projeto de lei sobre reforma da Constituição, como se observa do texto retrotranscrito, contém disposições verdadeiramente revolucionárias: transforma o Império em Monarquia federativa; suprime o Poder Moderador e o Conselho de Estado; diminui o mandato dos Deputados; atenua o poder de veto do Executivo; cria as Assembléias Legislativas provinciais; torna o Senado temporário e elegível — renovando-se os seus

membros, pelo terço, em cada eleição da Câmara, com a duração do mandato senatorial por seis anos; e prevê a Regência una.

O Senado, que retém o projeto pelo espaço de aproximadamente um ano, derruba os pontos críticos da reforma. E por que o faz? Para resposta à indagação parece-nos pertinente evocar que o Senado do Império se avulta como instituição singular.

Constituído por membros vitalícios, nomeados pelo Imperador, diante de listas tripliques, indicadas pelos delegados eleitores de Províncias, o Senado, a despeito de ter origem no povo, representa, de fato, a tradição aristocrática do País. Além de ser a escolha imperial fator preponderante de condução ao cargo de Senador, vale registrar que os Príncipes da Casa Imperial têm o direito de serem Senadores sob a condição única de que atinjam a idade de 25 anos.

O halo aristocrático, por conseguinte, que envolve a instituição, lembra as Câmaras européias — como acentuam os escritores — e parece ser uma característica da própria instituição. E os homens se confundem com a instituição. Machado de Assis dá um retrato vivo do velho Senado: “Achava-lhes uma feição particular, metade militante, metade triunfante, um pouco de homens, um pouco de instituições...” (15).

Não é, assim, de se estranhar que, na discussão do projeto de lei sobre reforma da Constituição, o Sr. Visconde de Cayru brade:

“A proposição da Câmara espolia o Senado da honra de lugar vitalício que a Constituição lhe garantiu... O lugar vitalício do Senado é depósito e dom da Nação, que ele deve guardar. Não deve suicidar-se votando pela sua extinção, nem diminuição. Quanto a mim, não abandono o meu posto. O Senador opoente figurou a extinção do vitalício Senado, como sacrifício a bem da Nação, o que me traz à memória o triste fato do filho assassinado por Philippe II, a quem se dizia: Senhor D. João, tudo o que se lhe faz é para o seu bem” (16).

Também se faz ouvir a voz do *Marquês de Caravellas*, redator da Carta de 1824, defendendo a sua obra e a vitaliciedade da Casa a que pertence (17):

Marquês de Caravellas — “... É pois mostrado pela experiência que o Senado, ou segunda Câmara, é uma garantia da Nação, e guarda da Constituição; pois aquelas Constituições que o não admitiram têm desaparecido como o fumo; como tal eu o defendo, e não temo por isso nada. Se se acaba sua vitaliciedade,

(15) JOAO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES. *A Democracia Coroada*. 2ª ed., Petrópolis, Vozes, 1964, p. 107.

(16) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 16 de junho de 1832 — Tomo I — Rio de Janeiro.

(17) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 18 de junho de 1832 — Rio de Janeiro.

não temos Senado, ficamos essencialmente com uma só Câmara, e a Monarquia Constitucional, assim montada, desaparece como tem acontecido nos países que têm abraçado esta quimera.

O Senado é posto, portanto, na Constituição como uma garantia da Nação, e é como tal, que eu o defendo, não temo ser argüido por isso. Por outra parte, o Senado defende também os direitos da Coroa, não em benefício do Monarca, porque as regalias, que se lhe concedem, não são para seu cômodo, mas para o bem da Nação, a que tudo se refere; e é por isso que a Constituição deu ao Monarca o direito de nomear de entre 3 Cidadãos, que a Nação escolhe para Senadores, aquele em quem tem mais confiança; deste modo tem o Senado a confiança da Nação, porque não há membro algum nele que não fosse escolhido pela mesma Nação, e a confiança do Monarca, porque ele fez uma segunda escolha dentre aqueles que a Nação lhe tinha apresentado; é por consequência dado ao Senado zelar, tanto os interesses da Nação, como os da Coroa, se o Monarca pretender exorbitar das suas atribuições, em prejuízo dos interesses nacionais. O Senado, pela posição em que está colocado, impede o progresso deste abuso, restabelecendo o equilíbrio dos Poderes; se, porém, se apresentar uma torrente popular contra os interesses da Coroa, o Senado opõe uma barreira forte, e embaraça a que essa torrente progrida. Vejamos agora se o Senado não fora organizado desta maneira, se poderia satisfazer estes úteis fins. Se ele fosse eleito simplesmente como o é a Câmara dos Deputados e temporário como ela, haveria alguma diferença entre uma e outra Câmara? Nenhuma, certamente, não tínhamos verdadeiramente mais que uma só Câmara, isto é, o absolutismo popular; porque nada havia que embaraçasse os efeitos de uma facção, que nessa Câmara única se introduzisse, e que teria uma força enorme apoiada pela grande massa; nada havia que fizesse face à demagogia, e a autoridade do Monarca desaparecia. O Governo Representativo é o Governo de balanço; cada um dos Poderes tem em si uma força de contrapesar os excessos do outro; e desta maneira se conserva o equilíbrio de todas as peças da máquina social! (...)"

Não é outra a opinião do Sr. *Ribeiro de Andrada*. Com a autoridade de membro da Câmara, afirma que o Senado não pode ser temporário sem atacar o elemento criador da forma monárquica (18):

"... Senadores, eu vos respeitarei, porque respeitos vos devo, porque os devo a mim, porque os devo ao corpo a que pertenço; eu defenderei a vossa duração vitalícia, não por vós, mas porque assim o requer a observância da monarquia representativa jura-

(18) *Anais do Parlamento Brasileiro* — Tomo II — Reunião da Assembléa Geral — Sessão de 22 de setembro de 1832.

da pela Nação, jurada por todos nós, e ainda há pouco revalidada pela maioria dos nossos votos; eu a defenderei, porque ela é necessária para a manutenção da ordem e sossego público, e da liberdade bem entendida. Como um dos meus ilustres colegas, eu apelo para a Nação; ela quer um Senado temporário? Está bem, sou mandatário autorizado por ela, ou munido do direito de emitir o meu voto a este respeito, declaro que eu o quero vitalício; e que não duvido desagradar ao povo, para poder melhor servi-lo: embora eu incorra no seu ódio, mudo e silencioso sofrirei suas injustas conseqüências porque a história recolherá nossos nomes, nossas opiniões, e seus frutos felizes ou desgraçados, e assinará por último a cada um de nós o quinhão de bem ou de mal que lhe tocar; e então, então eu serei vingado.

Entremos em matéria, e para fazê-lo remontemos ao berço das sociedades. Povos reunidos, ou por conquista, ou por comum assenso, aceitam ou escolhem por chefe o conquistador ou um homem da sua escolha, e em suas mãos depositam todos os poderes políticos; então um chefe comanda, soldados executam e escravos obedecem; eis o despotismo puro, eis a infância dos povos, e no meu sentir o último estado da abjeção, abastardamento e degradação da espécie humana. Semelhante situação não pode ser durável; os povos se sublevam, de escravos tornam-se senhores, e reassumem todos os poderes delegados; eis a democracia pura, estado de frenesi, de opressão e de morte, de conseqüências mais terríveis talvez do que o primeiro. No perigo destes dois extremos era natural a descoberta de um sistema misto, porque na marcha insensível, mas contínua, da civilização humana, o archote da experiência é sempre o único mestre e guia: tentou-se, pois, a divisão dos dois poderes, e um corpo de representantes foi encarregado de fazer as leis; pena inútil, trabalho baldado! Duas forças inteiramente opostas, e em contínua luta invadirão alternadamente o domínio, uma da outra, ou reciprocamente se engolirão transformando-se já no terrível despotismo, já em uma oligarquia intolerável. Não são produtos da minha imaginação que eu ofereço à vossa memória, são o quadro fiel dos povos cuja história vós tendes estudado.

Neste estado de coisas, com um chefe hereditário e com uma nação no gozo de seus direitos inalienáveis, que era mister fazer? Organizar a monarquia-constitucional-representativa: idéia feliz, invenção de um gênio, criação, porém, que não passaria do mundo ideal ao mundo real, enquanto se não descobrisse o *verbo* ou *logos* platônico, quero dizer, o princípio da coincidência destas duas criações; enquanto se não achasse uma terceira força, que neutralizasse os choques recíprocos das duas forças inimigas; enquanto finalmente se não lançasse sobre o abismo a ponte que

devia conter e ao mesmo passo ligar os dois terrenos opostos ou o nexó que devia prender, ou pelo menos paralisar dois esforços tão contrários.

Este verbo, esta ponte, e este nexó é, senhores, no sistema monárquico-representativo, uma segunda Câmara, e entre nós é o Senado. Para formá-lo recorreu-se entre os povos velhos, a nomes históricos ou cercados de prestígio de serviços, que se perdiam na noite ou escuros começos desses mesmos povos, em uma palavra, a uma classe forte de lembranças e de riqueza; triste recurso que felizmente evitamos, porque era um consórcio heterogêneo do privilégio com a nacionalidade: no Brasil, pelo contrário, os princípios foram outros, mais dignos das luzes do século, e mais conformes com a soberania da nação (consultai o § 3º do art. 45, cap. 3º): saber, virtudes e serviços prestados à pátria, tais foram os requisitos recomendados pelo legislador. Ao carunchoso elemento aristocrático sucedeu a aristocracia da natureza.

Não eram, porém, suficientes estes sós requisitos, porque, congêneres com os requeridos para a formação da Câmara temporária, havia mister de outros: ora, segundo Lanjuinais, se a segunda Câmara dimanar da mesma origem que a primeira, e demais é temporária, então são homogêneas e uma delas é inútil, porque de fato não há mais do que uma. Era pois necessário que a criação do Senado se compadecesse com os fins, para que fora destinado; e, para obtê-los, ele devia ter uma base, um assento fixo e seguro, isto é, ele devia ser independente dos dois poderes, tais são as idéias de Benjamin Constant.

Com efeito, senhores, o Senado produzido pela eleição popular, e depurado no cadinho do poder moderador, escapou à ação de ambos, não sendo renovado, e menos dissolvido, porque a lei fundamental o quis vitalício. Na linguagem da Delolme pelo menos esta espécie de vida lhe era precisa, como uma compensação em matéria de peso e número, da desproporção em que ele se acha com o corpo da nação. Além disto o Senado tem demais a obrigação de conservar a Constituição, opondo-se às contínuas inovações, enfermidade política a que são tão sujeitos os corpos deliberantes continuamente renovados; ora, ele não podia desempenhar esta importante tarefa, senão sendo independente, inamovível e pelo menos vitalício. Debaxo das considerações que acabo de expor, este corpo não pode ser temporário sem atacar o elemento criador da forma monárquica.

.....

Resta responder a algumas proposições destacadadas dos meus adversários.

Os corpos aristocráticos eram úteis nesses tempos, hoje não. Hoje nação, toda igual, e nada mais. Os corpos aristocráticos foram úteis então, e ainda hoje, porque são resultados da natureza, e não das leis. Aquela fez os homens desiguais em capacidade, em talentos e em atividade; desta desigualdade nascerá a desigualdade das fortunas, do mérito e dos serviços; e desta a das condições, Mably assim o havia dito, e com ele todos os publicistas antigos e modernos: a lei pois está longe de criar uma aristocracia, pode, quando muito, promovê-la ou *coarctá-la* em seus progressos, porém nunca destruí-la. Debaixo deste ponto de vista todos os governos antigos e modernos foram e são aristocráticos. Enquanto Atenas, a república mais ciosa desta sonhada igualdade, foi governada pelos Miltiades, Cimons, Aristides e Temístocles, em uma palavra, por famílias patricias, ela foi feliz e brilhou do mais puro esplendor; quando, porém, caiu nas mãos dos Cleons, ou das classes ínfimas da sociedade, de desdouro em desdouro, de queda em queda, desapareceu como estado independente, e foi ressuscitar como parte de uma província romana. Neste sentido com razão o célebre Røederer chamava aristocracia governo de sábios. *Convenho com o meu colega que a nação é hoje tudo e toda igual, bem entendido em direitos, e aos olhos da lei, mas, por natureza, nunca, e por conseguinte o nada mais deve traduzir-se por alguma coisa mais, isto é, a exceção que resulta da desigualdade natural. Eu faltaria aos meus concidadãos se procurasse inculcar-lhes idéias falsas e errôneas.*

A Inglaterra esteve a dar a pique; sua Constituição é defeituosa. Que, senhores! A dar a pique? Eu responderei como outroira Mirabeau na Constituinte de França. Não vos assustei; a Inglaterra ainda floresce para instrução eterna do mundo; ainda desenvolve todos os ramos da indústria e lavra todos os sulcos da prosperidade humana com o vigor da enérgica mocidade e a madureza de um povo envelhecido no caminho da glória, da riqueza e da liberdade. E porque daria ela a pique? Por uma lei eleitoral? O que ouvistes, foi um retiro momentâneo dos romanos modernos para o monte sagrado, porque na nova Roma não faltam Menenios Agripas. Quanto à sua Constituição, é um depósito sagrado em que se não toca senão com um susto religioso; e *seus defeitos?* Mais prático que especulativo em ciência de governo, dando mais valor aos fatos que à teoria, responderei da mesma sorte que o Lacedemônio ao homem que censurava a legislação de Licurgo — *vinde et vede.*

Dizimou-se a Câmara dos pares de França, e acabou o último dos Bourbons. Se o meu ilustre colega, curioso como Plínio o naturalista, de observar os fenômenos espantosos da natureza, tomasse a pena de ir examinar as erupções vulcânicas do Vesúvio,

e escapo a elas nos ensinasse os meios de as evitarmos, sem dúvida nossas bênçãos acompanhariam seus desvelos; mas se, em vez disto, nos ameaçasse com elas, seguramente não poderia escapar ao bem merecido nome de gênio do mal ou das ruínas.

Quadra, porém, o fato citado com a matéria em questão? De nenhuma sorte, porque em França certos homens deixaram de ser pares, e aqui trata-se de dar o garrote de morte ao Senado inteiro, constituído vitaliciamente e de quebrar uma das peças principais sobre que assenta a monarquia representativa. Demais, o fato não é exato; todos os pares da criação, todos os nomeados no tempo de Luís XVIII e mesmo de Carlos X, à exceção dos últimos, foram conservados, e destes foram dizimados aqueles que tinham entrado para derribar a carta, e em cujos diplomas se encontraram ilegalidades; porque os Soult, os Duperré e outros nomes históricos de sua glória moderna voltaram, outra vez, ao seio do corpo a que pertenciam. Acresce que a nova lei, parto ainda do calor revolucionário, conservou-lhe contudo a existência vitalícia e deixou ao Monarca o direito de os nomear, acompanhado de uma lista mui ampla de notabilidades; e vós, tornando o Senado temporário, roubais de necessidade ao Imperador o direito da escolha, e, como demonstrei, acabais com a monarquia.

Igualmente é inexato o dizer-se que caiu o último dos Bourbons; porquanto, morreu para o trono o ramo mais velho dos Bourbons, e subiu ou ressuscitou para ele o ramo mais moço ou Bourbon Orleans.

Devemos tudo ao vitalício do Senado. Esta proposição tem tanta validade como a seguinte — *devemos tudo ao temporário da Câmara dos Deputados.* O que há de verdadeiro nas duas proposições antecedentes, vem a ser que tanto à uma como à outra devemos bens e males, e que uns e outros longe de se atribuírem ao vitalício ou temporário delas, são resultados da nossa falibilidade, das circunstâncias em que nos temos achado, e da novidade ou verdor do sistema representativo entre nós: se eu não temera ser prolixo e afastar-me do objeto que nos ocupa, ser-me-ia fácil o demonstrá-lo.

Bignon atribui muitos dos erros cometidos pelo Conselho de Estado e pelos corpos deliberantes de França no tempo de Napoleão, à novidade do sistema e às poucas luzes relativas; a nós, que estamos muito mais atrasados em tais conhecimentos, deve com mais forte razão caber igual partilha.

Os corpos vitalícios são influídos pelos talentos e entusiasmo de um ou dois homens. Esta proposição é incontestável, porém é extensiva aos corpos temporários e eletivos, e ainda mesmo às assembléias populares. Em Atenas, os Demostenes e os Lísias, na França os Mirabeau e os Barnave, e na Inglaterra

os Burke, os Fox e os Pitt, tiveram esta feliz influência; que se segue, porém, disto? Que não devem haver corpos vitalícios ou temporários? A providência nunca o permita, porque sobre suas ruínas o despotismo levantaria seu trono.

Um Senado composto de um número fixo de membros é imperfeito. Convenho, se ele é composto de uma classe procuradora de seus próprios interesses, e admitida em virtude de seus próprios privilégios; mas quando este Senado é, como o nosso, uma emanção do poder popular, ele tem para retificar sua marcha e coibir-se de suas aberrações, o grito irresistível da opinião pública, e a sentinela sempre vigilante do art. 61 da Constituição: então a alegada imperfeição desaparece, como fumo, porque um ar mais puro o bafeja, e princípios mais conservadores e mais nacionais o dirigem.

.....

Qual seria o resultado da introdução de um corpo vitalício em um Poder Executivo temporário? O mesmo que o da introdução de um 2º corpo temporário em um Poder Executivo hereditário. Senhores, o terreno que vos sustenta é todo fofo; vossa posição está deslocada; vossa própria consciência vos trai; vossas próprias razões vos condenam.

Finalmente, se quereis conservar o feliz enxerto da monarquia na liberdade; se quereis sacrificar sobre o altar da tranqüilidade pública as intrigas e os furores de uma ambição desenfreada, conservai o Senado vitalício, e a pátria agradecida levará vossos nomes cobertos de bençãos até à mais remota posteridade.

Aos argumentos expendidos acrescenta-se o do Sr. *Rebouças*: a vitaliciedade está vinculada às atribuições que ao Senado exclusivamente competem (19):

“Uma delas, meus Senhores, é o conhecimento dos delitos individuais, cometidos pelos membros da família imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado e Senadores, e dos Deputados durante o período da legislatura; outra é conhecer da responsabilidade dos Secretários e conselheiros de Estado. E sendo indubitavelmente assim, como é crível que legisladores (que dão por indispensável a inamovibilidade como a mais segura garantia da independência dos juizes, e tanto que sobre isso nenhuma reforma propuseram, como é crível, seja-me permitido repeti-lo, que legisladores tais julguem dever tornar amovíveis os Senadores, Juizes natos dos crimes que cometerem os príncipes da Casa imperial, os Ministros e Conselheiros de Estado, em suma, os

(19) *Anais do Parlamento Brasileiro* — Reunião da Assembléia Geral — Sessão de 21 de setembro de 1832.

maiores personagens do Estado em razão do seu nascimento e dos empregos que exercitem, quer por nomeação do poder, quer por nomeação eleitoral? Nos Estados Unidos mesmo, como adiante mais detalhada e positivamente demonstrarei, conquanto seja temporários os Senadores, não o são os membros do Tribunal supremo, que têm de julgar assim os grandes empregados como os litígios da União. Nos Estados Unidos considerou-se tão seriamente a garantia da vitaliciedade para o julgamento dos grandes empregados e negócios grandes, que mesmo ao Senado temporário compete presidir o primeiro juiz (*chief justice*) quando tenha de ser ali julgado por *impeachment* o Presidente geral da União.

É, pois, meus senhores, contra o sistema geral da nossa Constituição que os Senadores, como juízes criminais dos primeiros personagens e funcionários do Estado, sejam temporários e amovíveis; quando inamovíveis e vitalícios o são todos os juízes, aliás penalmente responsáveis e designados a julgar ordinariamente, e só de direito, objetos parciais ou que apenas afetam a causa pública.

É, pois, manifestamente contraditório à segurança e conservação do Estado o pretender-se encarregar a juízes amovíveis o julgamento dos crimes mais atrozes que possam cometer membros da família imperial, Ministros e Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados, sendo tais os juízes irresponsáveis, e, ao mesmo tempo, dependentes cumulativamente dos favores do poder e das facções, já por amor da conservação nos empregos existentes e melhoramento de outros a que aspirem, já pela reeleição. E sendo tudo isto assim, como julgarão imparciais juízes dependentes da vontade do poder e de seus agentes, ou da vontade da Câmara dos Deputados, apoiada em um partido externo que a faça temível? Como resistir justo e imparcial um corpo efêmero, precário e dependente a todos os respeitos? Como portar-se sobranceiro às incursões injustas e violentas dos dois opostos extremos?

Não é só para o exercício importantíssimo das atribuições de julgar que importa que o Senado seja vitalício abrangendo nesta garantia da inamovibilidade todos os seus membros: outra atribuição ainda mais vitalmente centralizada no coração do Estado, lhe compete e urge pela sua indubitável permanência.

Eu me refiro, meus senhores, à atribuição de expedir cartas de convocação da Assembléia, caso o Imperador o não tenha feito dois meses depois do tempo que a Constituição determina, para o que se deve o mesmo Senado reunir extraordinariamente.

Em 1º lugar — A temporariedade exclui a existência de algum Senado no intervalo de uma a outra legislatura; e não só a

de algum Senado, como a de outro qualquer corpo equipolente, uma vez que da não vitaliciedade de Senado se trata exclusiva ou isoladamente.

Em 2º lugar — A amovibilidade exclui toda a idéia de existência de Senado no intervalo consecutivo à dissolução da Câmara dos Deputados, sempre que esta tenha lugar na conformidade do art. 101, § 5º, em vigor, visto que a mesma proposta é para que tenha lugar todas as vezes que se renove a Câmara dos Deputados.

Em 3º lugar — Sendo efêmero e precário, como se quer que seja o Senado — donde o vigor necessário para arrostar com o Monarca e seus Ministros, quando estes não decretarem, como devem, a convocação necessária da Assembléa Geral? Como arrostar o Senado com as facções populares, ainda que excêntrico à tirania de uns e ao espírito anárquico de outros? Mesmo quando um Senado efêmero e precário, como o pretende a proposição 5ª do projeto em discussão, não ceda à dependência do poder a quem aliás se ache submetido em razão dos empregos, graças e favores — quando também não ceda sobranceiro a todas as vantagens que possa proporcionar a cada um ou a muitos de seus membros uma facção popular — deixará de sucumbir pela fraqueza natural de sua Constituição? — Deixará de desaparecer subvertido nos horrores do despotismo ou da anarquia?

Nem se poderá ouvir o grito generoso da vontade nacional entre exasperado mortífero alarido!!! E como se o seu melhor veículo é a eleição, que não pode ter lugar, pois não há quem a determine?! Mas o amor da liberdade ainda vive, a luta do despotismo e da anarquia desabriu... Já trêmulo... já algoz sanhudo... já audaz... acomete e tímido recua... aqui ameaça... ali degola... e acolá morre... A conflagração é geral; embebidos no sangue humano surgem e perecem os Marats e os Robespierres... Quem nos salva de tantas desgraças!... Ouve-se o grito clamoroso!!! A espada de um usurpador flameja e o decide.

E se horrores tantos, meus senhores, não estão longe de se sucederem sempre que o poder, presidido pelo próprio Monarca, não convoque a futura Assembléa ordinária; ou a que deva substituir à atual dissolvida, como não será tanto mais de receá-lo dada a não existência daquele mesmo corpo senatório para a necessária e imediata convocação da assembléa geral, como lhe compete na morte ou falta do imperador, porque se nomeie a regência permanente, quando a provisional não proceda a essa convocação? A ponderada verdade, meus senhores, me parece tanto mais incontestável, quando ao próprio Monarca assiste o interesse da conservação, fundado em um direito consagrado na lei funda-

mental e secundado por ela; interesse, por isso mesmo, ligado à existência das mesmas instituições políticas que o garantem. E pelo contrário, a regência interina, revestindo o caráter violento e tirânico da usurpação, dará ansas a tanto mais prontas e intensas reações, quanto for mais evidente e manifesta a causal provocadora delas...

Diante dos pronunciamentos publicados, observa-se que não é a supressão da vitaliciedade em si que impressiona o corpo legislativo, mas o fato de essa prerrogativa propiciar ao Senado o exercício pleno não somente de sua função de "medianteiro apropriado entre a Coroa e o povo", mas também de Tribunal Julgador.

Ao Senado cumpre frear os excessos da Câmara, inspirado nos "princípios mais conservadores e mais nacionais".

"No fundo, a razão e a lógica — conclui JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES — estavam com os conservadores: se o regime existente (que procuravam interpretar, compreender e aplicar) era a monarquia democrática, o processo em vigor seria o mais justo: democrático quanto às origens (eleição), aristocrático quanto aos meios (nomeação seletiva), conservador quanto às finalidades (vitaliciedade)"⁽²⁰⁾.

Compreendamos, portanto, as reações do "velho Senado" ao posicionar-se contra as inovações pretendidas que encerram, na verdade, uma quebra de estruturas arraigadas à própria instituição.

Por outro lado, parece-nos, igualmente, compreensível a posição da Câmara dos Deputados. Impulsionada pelo ideal democrático, a Câmara eletiva parte para as práticas republicanas e americanas — nelas se concentram os princípios cardeais de uma Constituição livre — procurando transportá-las para o Brasil ao redigir o projeto de lei sobre a reforma da Constituição. Nesse sentido evoque-se a lição de AFONSO ARINOS⁽²¹⁾:

"A influência da Constituição dos Estados Unidos é patente nesse projeto, e por ela vemos como a mentalidade da segunda geração de homens públicos evoluía no Império brasileiro, da tradição monárquica européia, herdada da geração da Independência, para as práticas republicanas e americanas. Federação, Câmara com mandato de dois anos e Senado com mandato de seis, tudo isto se achava na Constituição dos Estados Unidos. A própria figura de Regente único e eleito lembrava a do Presidente da grande nação do Norte. Foi com razão, pois, que Joaquim Nabuco apelidou a Regência de *República de fato e República Provisória*. Os apelidos são especialmente justos quando se referem à Regência una, decorrente do Ato Adicional."

(20) JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES — *A Democracia Coroada*, 2ª ed., Petrópolis, Vozes, 1964, p. 106.

(21) AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO — *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. II, Forense, p. 108.

Passemos a analisar a tramitação do projeto de lei sobre a reforma constitucional do Senado:

Na sessão de 28 de maio de 1832, é anunciada a discussão da proposição, com o seguinte parecer da Comissão de Constituição:

Parecer da Comissão de Constituição sobre as reformas constitucionais

“A Comissão de Constituição examinou o projeto de reforma iniciado na Câmara dos Deputados, e muito convencida da necessidade de reforma em alguns artigos da Constituição, principalmente para satisfazer as necessidades locais na grande extensão do Império, não pode convir na forma do projeto, enquanto prescreve limites à futura legislatura.

A Comissão quer que uma legislatura delibere sobre a necessidade da reforma, outra sobre a mesma reforma; convém não confundir estes dois atos distintos na letra da Constituição, que no art. 174 diz: *se conhecer que algum dos seus artigos merece reforma* e no art. 176, *vencida a necessidade de reforma*, se expeça lei ordenando aos eleitores dos Deputados que confirmem especial faculdade para ela. Donde se exclui evidentemente que a presente legislatura não tem parte na reforma, só indica a sua necessidade; mostra o mal para que a seguinte, especialmente autorizada, aplique o remédio. Esta inteligência literal da Constituição está de acordo com os princípios de direito público; o poder de alterar o pacto social reside nos associados, e só pode ser exercido por seus procuradores expressamente autorizados *ad hoc*, autorização que não se pode entender compreendida na delegação do Poder Legislativo. Como, pois, a presente legislatura há de prescrever limites de reforma à legislatura seguinte a quem a Constituição incumbem fazê-la?

É, portanto, a Comissão de parecer que o projeto da Câmara dos Deputados seja admitido e emendado neste sentido.

A Comissão desejaria dar a sua opinião sobre a necessidade de reforma especialmente em cada artigo a que o projeto se refere, e estender aos outros o seu exame; porém, sendo longo e de difícil combinação este trabalho, e talvez nada proveitoso, os seus membros reservam para a discussão a exposição das suas opiniões.

Paço do Senado, 17 de maio de 1832. — *Nicolau Pereira de Campos Vergueiro — Marquês de Santo Amaro — Marquês de Caravellas.*”

Em termos imediatos, o Sr. *Visconde de Cayru* encaminha à Mesa o requerimento abaixo transcrito:⁽²²⁾:

“Requeiro, em observância ao art. 174 da Constituição, que se expeça officio à Mesa da Câmara dos Srs. Deputados, para informar se o Projeto de Lei da Reforma da Constituição, quando foi proposto, foi apoiado por uma terça parte dos mesmos Deputados.”

Principia-se, por conseguinte, a discussão do projeto, argüindo-se sobre a validade da deliberação da Câmara dos Deputados, com o que não se conformam os Senadores:

O Sr. *Borges*: — “Como se apresenta aqui uma proposição nunca vista e nunca praticada em Governo algum representativo! Semelhante proposição é absolutamente inadmissível, não só pela sua injustiça, como por irrogar ofensa à Câmara dos Deputados. Quando aconteceu interrogar-se a um Corpo Legislativo em frase tão imprópria? Em que artigos da Constituição se conferem semelhantes regalias ao Senado? Que resposta poderíamos esperar de uma Câmara que é tão independente como esta?...”

O Sr. *Marquês de Caravellas*: — “... a proposta é tão extraordinária que não pode ser admitida para esse mesmo caso extraordinário, porque faz ver que desconfiamos de um Corpo tão respeitável, como a Câmara dos Deputados, porque pressupõe a possibilidade de poder ela faltar à Constituição, e trair os seus juramentos. Basta atender a isto para não se tratar mais de semelhante requerimento.”

O Sr. *Vergueiros* — “... Se essa idéia fosse admitida, então todos os dias estaríamos a fazer perguntas, porque a Câmara dos Deputados nunca nos mandou dizer por quantos votos haviam sido deliberados os seus Projetos. Não se diga que este caso é extraordinário, e que por isso devemos fazer a pergunta. Perguntar pela legalidade de um ato é sempre a mesma coisa, quer o ato seja ordinário, quer extraordinário. E será crível que o Projeto deixasse de ser apoiado pela terça parte dos Membros da Câmara, em que teve origem infringindo-se assim uma disposição constitucional? Diz-se que saíram alguns membros da Sala no ato de apoiar-se o Projeto, mas deixou ela de ficar completa? Não, de certo não ficou; do contrário não teria havido votação. Se, porventura, se pretende estabelecer um sistema de desconfiança, então preciso é desconfiar de tudo, que nos venha da Câmara dos Deputados. A Proposição, Sr. Presidente, deve ser desprezada.”

(22) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 28 de maio de 1832 — Tomo I, Rio de Janeiro, 1914.

O Requerimento é rejeitado e prossegue a discussão da matéria.

Discussão do Projeto

Iniciada, como já se disse, em 28 de maio, a discussão se estende até o mês de julho de 1832. Sob epígrafe dos temas mais polêmicos registraremos, a seguir, o pronunciamento de alguns Senadores:

INOPORTUNIDADE DA REFORMA DA CONSTITUIÇÃO EM FACE DAS AGITAÇÕES INTERNAS -- INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO APROVADO PELA CÂMARA QUE TRADUZ NÃO UMA EMENDA À CONSTITUIÇÃO E SIM UMA MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO.

O Sr. Visconde de Cayru: — “Sr. Presidente, não podendo conformar-se ao Projeto da Câmara dos Srs. Deputados, e ao Parecer da Comissão deste Senado, que está em discussão, declaro que não repugno as reformas justas, necessárias, oportunas e praticáveis. Também não atribuo a ninguém sinistros desígnios; porém, como as histórias estão cheias de fatais sucessos por boas intenções mal aplicadas, emitirei a minha opinião com franqueza. Se se tratasse de reforma da Constituição com artigos não constitucionais, ainda assim eu vacilaria, bem que a mesma Constituição a faculte sem restrição no artigo 178, visto que os tempos são impróprios para mudanças da Lei Fundamental em pontos graves, pelas efervescências populares e facções insurgidas, que incutem públicos terrores, e não deixam deliberar as Câmaras com plena serenidade e segurança. A prudência política dita aos Legisladores prudentes esta saudável reserva. Este motivo mais urge quando se pretende reforma sobre artigos constitucionais. Portanto, opondo-me tanto contra o Projeto, como contra o Parecer da Comissão, que o admite com a emenda aí expressa; pois considero que este remédio é pior que o mal. A emenda é censura do Projeto por fixar limites às proclamações dos eleitores nas suas faculdades aos Deputados. Assim concedeu *ultra petita*, e abriu indefinidamente o compasso das inovações, dando vasto e ilimitado arbítrio aos Deputados para tratarem o Brasil, como *tábua rasa*, e escreverem nele o que quiserem. Não é isto autorizar e provocar convocação de uma *Convenção Nacional*? Não produzirá isto terrível revolução?”

O Projeto, a meu ver, é contra a Constituição, contra a boa política, contra as solenes declarações de ambas as Câmaras no princípio da sessão ordinária do ano passado. É contra a Constituição porque, em vez de indicar algum artigo constitucional para a reforma, fez uma multidão de artigos contra a letra e o espírito da mesma Constituição, e que tende à destruição dela, por nova forma de Governo. É contra a boa polí-

tica porque, tendo o Governo Constitucional sido reconhecido por todas as Potências da América e Europa e que até recentemente enviaram diplomáticas felicitações ao nosso Augusto Imperador D. Pedro II, e à Regência estabelecida pela Assembléa Geral Legislativa, na conformidade da Lei Fundamental, será objeto de assombro aos Gabinetes a súbita mudança de artigos capitais da mesma Lei; o que dá o manifesto de caráter versátil do Corpo Legislativo, e do povo brasileiro, que unanimemente aceitou e jurou a Constituição do Império. Assim, corre-se o risco de não continuarem as antecedentes relações políticas e comerciais.

A Constituição não pôs preceito para a sua reforma, só a faculta, passados quatro anos, e com a coarctada de um só artigo na seguinte Legislatura. O juramento que prestei à Constituição impõe-me o dever de não extraviar-me uma só linha das regras, que ela prefixou para a reforma de algum, não de alguns, e ainda menos de muitos artigos constitucionais, conforme os mesmos expressos nos artigos 174 e 175. Parece-me que assim se providenciou com sabedoria política, a fim de prevenir-se a natural inconstância e versatilidade humana. Não há Constituição de povo algum, que seja o tipo da perfeição, mas nos Estados civilizados passa em regra que é melhor tolerar alguns defeitos, ainda graves na sua Constituição, do que alterá-la sem ser mui gradualmente, e com grandes intervalos em um ou outro artigo, e não em muitos.

Para se rejeitar *in limine* o Projeto, bastava atender-se que, em um dos seus artigos, se extingue ou corta o Poder Moderador, e se anexa ao Poder Executivo. Pode haver maior deformidade do que a de uma reforma, em que se espolia o Imperador atual de uma prerrogativa que é um dos mais esplêndidos brilhan-tes do Diadema Imperial?

Sr. Presidente, a nossa Constituição está transcrita e guardada em monumentos e Arquivos Públicos das Nações estrangeiras. Até existe analisada no *Annual Register* do Parlamento Britânico; o seu defeito aí mais notado é o de ter em si grande dose de elemento democrático. Em verdade ele é tão forte, que até os Senadores são da eleição do povo. Para que pois se admite ainda maior excesso dele no Projeto?

Sr. Presidente, permita-me recordar que na deputação desta Câmara à Regência Provisória pelo voto de graças à fala da abertura da sessão ordinária, os seus órgãos solenemente declararam os cordiais sentimentos do mesmo Senado de *amor e respeito ao genuíno Monarca Brasileiro e Majestosa inocência* do nosso Augusto Imperador e o Sr. D. Pedro Segundo, e que o povo brasileiro

tinha *inabalável adesão à Constituição do Império*. Expressões análogas se lêem em semelhante deputação da outra Câmara, que o intitulam *sagrado objeto* da sua veneração. Em outro diploma o saúdam o *Símbolo da união de todos os nascidos no Brasil*.

Concluirei, pois, contra os dissidentes de minha declarada opinião com o Épico dos Lusíadas: *A esta criancinha tem respeito*" (23).

O Sr. Marquês de Barbacena: — "... Hei de expender as razões, em que me fundo por rejeitar a proposta qual veio da outra Câmara. Nada parece mais imprudente, e mais arriscado, do que *empreender a reforma da Lei Fundamental do Império*, quando todas as ambições estão excitadas e quando imoderado desejo de inovação parece ter infectado grande parte dos habitantes do Brasil. Uma discussão de tamanha importância exige profunda meditação, sangue frio e propósito firme de atender ao bem geral do Império, sem nenhuma predileção por coisas ou pessoas. Na presente época tudo conspira em sentido contrário e, de mais a mais, acresce que sem derrogação da Lei da Regência, impossível será preencher as fórmulas prescritas na Constituição para a sua reforma, faltando ao Imperador, ou mais exatamente à Regência, que o substitui, aquela extensão de autoridade, que a Constituição deu, e que nunca seria mais necessária do que na ocasião da reforma. Segundo a Constituição, uma vez admitida a discussão, e vencida a necessidade da reforma de algum artigo, *mister seria expedir Lei que fosse sancionada e promulgada pelo Imperador*, o qual tinha o direito de negar a sua sanção por duas Legislaturas, direito negado à Regência, que se acha por isso sujeita à vontade da Assembléia Geral.

Em algumas Constituições, que como a nossa consagram o princípio da reforma, encontra-se cláusula expressa que tal reforma se não empreenda durante a menoridade do Rei; e com razão porque a independência absoluta de cada uma das Câmaras e do Imperador, tornando necessária a concorrência, e consentimento de todos os três para a adoção de qualquer Lei, forma a beleza e superioridade da Monarquia Constitucional...

A Câmara, a quem compete a iniciativa neste objeto, não propôs os artigos reformáveis, mas sim as bases de uma nova Constituição; violação gratuita da Lei Fundamental, e não justificável por alguma razão ou circunstância. Rejeitando a fórmula do projeto em discussão, como inconstitucional e como imperfeito, porque não faz menção do artigo mais digno de reforma e contra

(23) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 28 de maio de 1832 — Tomo I — Rio de Janeiro, 1914.

o qual o clamor geral é mais pronunciado, quero dizer, contra o Poder Judicial, entendo que o projeto de lei se deve reduzir a dois artigos: 1º — declarando quais são os artigos reformáveis. 2º — Que os eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura confirmam faculdade para a indicada reforma. . .” (24).

O Sr. *Marquês de Caravellas*, em tom moderado, apela para o Plenário no sentido de que deixe passar o projeto à segunda discussão, a fim de que nessa fase os Senadores indiquem os artigos a serem reformados, com toda circunspeção:

“ . . . Passe o projeto à segunda discussão na forma do parecer da Comissão, visto que somente nos compete indicar os artigos que precisam de reformas e não reformar já; essa tarefa compete à futura Legislatura. Na segunda discussão, em que hão de ser examinados cada um dos parágrafos deste projeto, cumpre que nos armemos com a égide impenetrável da razão contra as vozes de um povo alucinado e conduzido de boa-fé pelos interessados de facções. Em tempos de partidos, na efervescência das paixões, difícil é, para não dizer impossível, conseguir o conhecimento da verdadeira opinião pública. As facções já não dissimulam nem os seus projetos, nem as suas aspirâncias; elas se têm apresentado com armas na mão, depois de haverem corrompido a mocidade incauta e insciente, procurando arrastá-la à licença, para nos precipitar na anarquia e nos fazer perder a liberdade. Talvez não fosse este o tempo mais próprio para reforma; qualquer que seja, não acalmará as paixões, mas cumpre-nos tirar todo o pretexto com que disfarçam vistas tão impuras e danosas. O nosso dever é procurar o que for mais proficuo à Nação; ela pôs-nos neste lugar para dizermos francamente a nossa opinião sobre os seus interesses: o Legislador não deve ser dominado por paixões e por partidos: armemos a nossa consciência com uma tríplice couraça contra as opiniões corrompidas e desorganizadoras. A massa geral ainda não está de todo contaminada; os homens probos ligados a seus verdadeiros interesses, apesar das pérfidas sugestões que os rodeiam, não aspiram senão a gozar em paz os frutos do regime legal, eles reclamam a manutenção da ordem, sem a qual todos os direitos são comprometidos, eles serão o nosso escudo, para garantirmos a Constituição a essa mesma porção, que impelida somente por uma inclinação irresistível da natureza humana, imprudente, anela mudanças após de uma químera. Sujeitemos, pois, à mais rigorosa análise cada um destes parágrafos do projeto, examinemos com madureza a necessidade da reforma dos artigos propostos; sem essa rigorosa necessidade verificada, nenhum poder temos pela Constituição, de decretar a sua reforma. Aquele que

(24) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 28 de maio de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

perde de vista a posteridade para atrair a consideração efêmera (eu falo em abstrato) dos contemporâneos; aquele que abjura os seus princípios para tudo sacrificar aos interesses das facções, pouco preza a sua própria estimação e deve esperar cedo ou tarde ser votado ao desprezo e execração geral. Estou bem certo que todos os nobres Senadores se conduziram na discussão desta matéria pelos nobres princípios da maior utilidade e bem da Nação com a circunspecção e madureza próprias da sabedoria que constantemente hão manifestado no desempenho de suas augustas funções” (25).

Radicais em defesa do Projeto são os pronunciamentos dos Srs. *Vergueiro* e *Borges*:

O Sr. *Vergueiro*: — “Foi combatida a admissão do projeto: primeiro por ser contra a Constituição e, em segundo lugar, porque não convinha tratar da reforma nas atuais circunstâncias de agitação política. Quanto a ser contra a Constituição, parece-me que é constitucional o artigo 174, como os outros: enquanto se não riscar este artigo e os que seguem, não se deve reputar o projeto contrário à Constituição; portanto, de nenhum modo se pode dizer que ofende a Constituição o projeto, que trata de executar os seus artigos. Quanto à inconveniência por causa das agitações políticas, parece que por isso mesmo é que deve admitir-se; que a reforma é uma necessidade, que resulta dessas agitações, as quais só por meio dela podem ser apaziguadas...” (26).

O Sr. *Borges* — “... A nossa Constituição pode ser liberal e boa, como se diz, mas é inegável que se ressentiu em demasia da precipitação com que foi feita, das circunstâncias em que nos foi prometida e oferecida mais por capitulação do que por espontaneidade: enfim, é obra dos homens, e por consequência, suscetível de algumas emendas e de algumas correções. Não se diga que se quer destruir e aniquilar a Constituição; se se visse que o projeto nos encaminhava a lançá-la por terra, ou a substituir-lhe outra, eu mesmo seria o primeiro que me oporia, e empregaria todos os meus esforços para que não passasse; mas não se pretende nenhuma dessas coisas; deseja-se unicamente, conservando o edifício que temos, torná-lo mais seguro, mais cômodo e mais bem dividido.

Confessa-se que a Constituição merece reformas, porém nega-se que seja esta a ocasião própria, e daí conclui-se que nada se faça de reformas, porque só a Constituição tal qual nos pode preservar das desgraças que nos ameaçam...” (26).

(25) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 28 de maio de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

(26) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 28 de maio de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

FEDERAÇÃO — MONARQUIA — PODER MODERADOR

O Sr. Gomide — "... Queremos, por desatino, trocar a nossa liberal e boa Constituição pela dos Estados Unidos da América, quando estes um dia quererão, por sabedoria, trocar a sua pela nossa liberal e boa Constituição. Sim, Sr. Presidente, os Estados Unidos da América hão de constituir-se, segundo a marcha da natureza, em Monarquia Representativa, o que já disse o Arcebispo de Malines e muitos outros filósofos e políticos profundos.

A prosperidade com que se argumenta, dos Estados Unidos, não é tanto devida às suas Instituições, como às guerras da Europa, que têm feito para ali emigrar capitais, artes, ciências, o que os tem adiantado três ou quatro séculos, no que seriam por si sós.

O sistema federativo proposto é absurdo e incompatível com o Governo Monárquico. Não há lei que dê liberdade ao homem, porque a tem ilimitada pela natureza; a lei, ao contrário, pode restringi-la, cedendo cada uma pequena porção de liberdade a todos os outros pelo sumo interesse que têm de viver em paz e segurança recíproca; porém, a liberdade, como o gás muito expansivo, procura dilatar-se no coração dos homens e cada dia avança quanto pode. Este princípio, certo nos indivíduos, se desenvolve com maior força nos Corpos Coletivos, e por ele a Federação das Províncias irá gradualmente desenvolvendo a independência e separação, com que se tornará o todo mais fraco, porque a força dos corpos físicos e morais está na razão da coesão de seus elementos...

... Não se diga que as Províncias se defenderão, e que já a separação delas bate à porta. *Quem Deus vult perdere, prius dementat*. Qual é, Sr. Presidente, das nossas Províncias que pode repelir uma agressão estrangeira?...

Enfim, Sr. Presidente, se se reforma a Constituição, estamos irremediavelmente perdidos; tais reformas com as propostas são destruidoras e subversivas, e mais o são ainda as suas inevitáveis conseqüências.

Nenhum de nós, se sua própria Mãe em circunstâncias urgentes lhe suplicasse graça e favor, deixaria de prestar-se ao que ela lhe pedisse. A Pátria nossa Mãe brada ao ouvido de cada um de nós: "Filho, não destruas a Constituição, este Castelo invencível, onde me abrigo com toda a minha família; não destruas a Constituição que juraste, este penhor sagrado de segurança e prosperidade minha, tua e de teus filhos" (27).

(27) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 28 de maio de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

O Sr. Rodrigues de Carvalho — "... E o que vemos nós no Projeto? Transformada toda a Constituição. O Poder Legislativo terá novas raízes: a Assembléia Geral terá atribuições sem dependência do primeiro ramo desse poder, assim como se lhe tiram outras. O Poder Moderador é de todo suprimido; o Poder Executivo é cerceado, suprimido em parte, em parte alterado, e com a expectativa de acrescentamento dos despojos de outro Poder...

Mas por que se intentam mudanças tão radicais? Diz-se no parecer que é para pôr a Constituição com a razão progressiva da Nação; e onde a razão decidiu que o Governo federativo era o melhor para todo e qualquer povo indistintamente?

Onde se acha essa razão progressiva, que em seis anos refunde e inverte o sistema fundamental de uma Nação? Por que nos Estados Unidos existe um Governo que com ele tem medrado, segue-se que esse Governo é adaptado para o Brasil? Serão nossos costumes, nossas inclinações, nossas virtudes, nossos vícios, nossa posição, nossos hábitos, os mesmos que os dos americanos do Norte, criados com Constituições liberais? Nós saímos de uma Monarquia absoluta, o Governo mais análogo é a Monarquia Constitucional Representativa, assim como deste, a democracia; os americanos ingleses não deram salto, seguiram a escala, e nós em diferentes circunstâncias queremos colocar-nos no mesmo paralelo. Estas aplicações de povos a povos, ainda que dissemelhantes, são talismã com que se pretende atormentar nossa crença e futuras esperanças..." (28).

O Sr. Marquês de Caravellas, após analisar os fins para que se instituem os Governos Federais, os quais não reconhece presentes em nosso País, assinala que o progresso de uma Nação não pode ser medido em termos de forma de governo:

"... Se olharmos para o fim com que se instituem os Governos Federais, ou de aliança, veremos que este fim é sempre aumentar a força por meio da união de Estados independentes, que não a podem ter cada um deles de per si. A Federação supõe sempre uma independência anterior, e da qual cada um dos Estados se propõe a perder uma parte, a fim de segurar melhor a parte que reservava desta independência, segundo as condições que estipulam entre si: é o estado de fraqueza consequentemente que obriga os Estados à Federação, por não poderem conseguir a força conservando-se independentes. Como é, pois, concebido que um Estado grande e unido, e por consequência tendo a máxima força (que é a Província da União), possa melhorar separando-se

(28) *Anais do Senado — Império do Brasil — Sessão de 28 de maio de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.*

em retalhos unidos só por aqueles laços que só a necessidade pode obrigar os Estados a escolher? Como pode resistir melhor uma Nação aos ataques externos achando-se dividida em pequenos Estados, do que fazendo um todo unido e uniforme em seus regulamentos? Como se socorrerão mutuamente Estados desligados do que unidos, e regidos debaixo do mesmo sistema? Não vejo que tais fins se consigam, salvo se pelo vago do artigo se quiserem ligar à palavra federativa idéias diversas das que lhe liga todo o mundo; mas eu creio que não podemos cada um de nós, a nosso arbítrio, ligarmos às palavras idéias a nosso capricho; mas se assim é, ficamos como na Torre de Babel, e não nos podemos entender uns aos outros.

Notemos, porém, o que tem havido nos Governos Federais; muita fraqueza, divisões intestinas, usurpações de uns a outros Estados, e finalmente o Governo central sem o ser mais de Conselho que de poderes. Isto mesmo é o que se observa nos Estados Unidos da América; os seus mesmos Escritores mui positivamente dizem que o Governo central está mais em observação da vontade de cada um dos Estados, que no estudo dos verdadeiros interesses comuns; encontrando muitas vezes o Congresso repugnância quando pretende tomar medidas que conhece úteis a toda a Nação, deixarem de se pôr em prática com receio de que lhe não sejam aceitas por alguns Estados. Logo que se fez a Federação, e que se jurou a Constituição, na América do Norte, tinha o Congresso feito passar um ato, para que as dívidas, contraídas do tempo da guerra da independência, fossem sujeitas a um exame; houve com efeito um balanço de todas as despesas, e foi deliberado que aqueles Estados que houvessem despendido menos do que haviam recebido da União, repusessem o excesso para indenizar aqueles que tivessem despendido mais do que a sua receita.

Foram nomeados Comissários para isso, fizeram as precisas averiguações; mas, convidando-se os diversos Estados devedores, nenhum quis pagar; isto se nota na história, que Nova Iorque, que tinha as suas finanças em muito bom estado, se subtraiu ao pagamento, apesar de o poder muito bem fazer; foram tantas as trapanças no Congresso, que o Governo central nada pôde obter, vendo-se forçado a fixar uma soma de três milhões e cento e tantos mil dólares para estes pagamentos, que nunca reembolsou; era preciso recorrer a uma guerra civil para obrigar os Estados dissidentes que se subtraíram a pagar, tal foi o efeito da falta de Constituição.

Assentou-se que pertencesse ao Governo central o cuidado da defesa, em consequência mandaram-se engenheiros para os diferentes Estados, a fim de construir algumas fortalezas debaixo de plano geral: mas estes Estados repugnaram, e cada um fez

o que quis. Uma coisa, porém, nos move muito em favor do sistema de Governo adotado pelos americanos ingleses: é a prosperidade que esta Nação apresenta e o progressivo aumento desde sua independência. É, porém, necessário não explicar isto pela forma de governo que eles adotaram: muitas outras causas têm contribuído para isto: a principal causa está na firmeza de caráter daquela Nação, e este caráter não depende da forma federativa do seu Governo; os ingleses europeus o apresentam do mesmo modo; e se examinarmos atentamente a história da América do Norte, veremos que a falta de unidade do seu Governo tem embaraçado em muitos casos que a sua prosperidade se não tenha elevado a grau mais alto do que está” (29).

E continua em sua oração, abordando, agora, a supressão do Poder Moderador:

... “é preciso, Sr. Presidente, que se diga se com a junção do Poder Moderador ao Poder Executivo fica existindo o Poder Moderador: quanto a mim não fica existindo, porque o Poder resultante da junção de dois Poderes não se pode dizer que seja nem um nem outro; é isto exatamente o que acontece quando se misturam dois diferentes fluidos, de que resulta um terceiro que nem goza das propriedades de um nem de outro dos componentes, apresenta propriedades todas novas: o caso que nos ocupa tem com este toda a analogia; esta junção de Poderes produz um Poder novo que nem é o Executivo, nem o Moderador. Se os Ministros são responsáveis pelos atos que passam novamente ao Poder Executivo, como pode este novo Poder resultante conservar a mais preeminente atribuição de velar incessantemente sobre a harmonia de todos os poderes políticos, e ser a vigilante sentinela nacional que tem a seu cargo embaraçar que nenhum dos mesmos Poderes ultrapasse as raías de suas atribuições? Querer-se-á que esta guarda se retire do posto, e deixe de existir a maior salvaguarda que a Constituição oferece às garantias nacionais? Tal não posso consentir; mas vamos à maior dificuldade que parece ter-se apresentado: diz-se: a Constituição não manda que os Ministros referendem os atos do Poder Moderador; estes atos passando assim, não tem quem por eles se responsabilize, e logo este Poder pode cometer quantos abusos queira, porque não tem corretivo algum que lhe embarace; Sr. Presidente, a Constituição não é um compêndio doutrinário que ensine como se há de fazer todas as coisas, ela pressupõe que os seus executores estão imbuídos dos princípios gerais, que têm

(29) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 4 de junho de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

sempre lugar, qualquer que seja a forma de Governo, e quaisquer que sejam os preceitos constitucionais; estes preceitos não destroem os princípios gerais, e nem é preciso que a Constituição os exponha explicitamente. Todos sabem que o Imperador não pode obrar nada por sua pessoa, e que precisa de Ministros que são os seus braços: se ele, como depositário do Poder Moderador, toma uma deliberação, está claro que, se ela ficar só na sua mente, nenhum efeito pode produzir; é preciso que *tenha execução*; mas como se há de ela executar? Claro é que tem necessidade do outro Poder, para que tenha efeito: entrega-a, pois, ao Poder Executivo, cujos Ministros referendam o Decreto. Nos Governos Constitucionais o Monarca nunca está em contato com a Nação; há sempre um corpo intermédio que serve de vínculo à transmissão das suas deliberações: neste caso é o Poder Executivo, cujos agentes são os Ministros; e é por este veículo que passam os atos do Poder Moderador para terem execução; são os Ministros para o Monarca *o que os membros do corpo humano são para a alma: essa tem vontade e delibera*; mas se o homem for paralítico, as vontades e deliberações da alma ficam sem efeito: chame-se a isto metafísica; chamem-lhe o que quiserem, mas estas doutrinas são claras, e só se não compreendem por quem não quer meditar alguma coisa sobre elas. Ora, se há um Poder Moderador, que é responsável, se executar ordens ilegais, não salvando a sua responsabilidade com a ordem do Imperador nem de palavra, nem por escrito, como se diz que o Poder Moderador é absoluto, e pode abusar, quando quiser? Se abusar das deliberações que tomar, e não entregar essas deliberações ao Poder Executivo, esse abuso não fará mal a ninguém, porque nenhuma execução fará; eu desejo que me aponte o escritor que deixe a execução das deliberações do Monarca à sua mesma Pessoa: eu pelo menos nunca o li. Mas diz-se tudo há de vir afinal ter no Poder Executivo: se o Poder Moderador não pode imediatamente pôr em prática os seus atos, para que é esta roda mais na máquina social? Para que uma mesma pessoa há de representar dois papéis se afinal só aparece com seu efeito a execução, quando essa mesma pessoa se reveste do Poder Executivo para pôr em prática as deliberações, que tomou como Poder Moderador? A resposta está na Constituição: o Imperador é chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus Ministros e nas atribuições do Poder Moderador delibera por si só, ouvindo o Conselho de Estado: e é o mesmo que ele executa pelos Ministros e o que delibera só com o Conselho de Estado? Há uma diferença considerável: no Poder Executivo os Ministros obram; e no Moderador o Chefe da Nação delibera o que se há de obrar; são coisas muito diferentes. Mas suponhamos que se pretenda fazer desaparecer do nosso hori-

zonte político o Poder Moderador: cabe isto nas nossas atribuições? Eu assento que não: Os poderes políticos são delegações da Nação, só a Nação pode reclamar o que delegou: o Poder Legislativo, que também é delegação nacional, não pode destruir outro Poder, que é uma delegação como ele. Reformar a Constituição não é destruir as delegações da Nação: isto é, a Nação o pode fazer; quero dizer, só uma resolução pela qual se exprima que a própria Nação, e não os seus Representantes, quer recolher Poderes que ela delegou, quando aceitou e jurou esta Constituição; se a Nação delegou na pessoa do Imperador privativamente o poder de vigiar incessantemente sobre os outros Poderes para que não ultrapassassem as raias de suas atribuições, como se pode conceber que um outro Poder vigiado por aquele tenha em suas atribuições a faculdade de o aniquilar? Dir-se-á: não se aniquila porque passam as suas atribuições para o Poder Executivo; não, Senhores, esta passagem o faz desaparecer, porque o amálgama de dois poderes em um só faz com que resulte um terceiro, que não é nem um nem outro: é, como eu já disse, a mistura química de dois fluidos que dão um terceiro, que não é nem um nem outro. Em conclusão, fica manifesto que este parágrafo não pode passar, não só porque a sua doutrina é prejudicial, deixando um vácuo nas garantias públicas, como porque ele ultrapassa as atribuições do Corpo Legislativo” (30).

Em discursos incisivos propugnam pela supressão do Poder Moderador os Srs. Vergueiro e Alencar:

O Sr. Vergueiro — “... Mas com que espanto não ouvi eu nesta Casa reconhecerem-se todos os vícios do Poder Moderador e, ao mesmo tempo, pugnar-se pela sua conservação? Eu não esperava que aqui se defendesse tão corajosa e eloqüentemente o despotismo. Eu ouvi aqui dizer-se que era necessário conservar-se esta ditadura perpétua, para evitar uma temporária. Eu não sei como se possa dizer isto na Assembléia de uma Nação livre, no solo americano, no tempo em que as luzes perseguem o despotismo! É isto o que querem os nobres Senadores? Reconheceu-se que era um Ditador perpétuo, que ele podia destruir o Corpo Legislativo, que pode influir na administração da Justiça, que pode, enfim, destruir os dois Poderes políticos, e disse-se que era necessário haver essa Ditadura perpétua, porque do contrário seríamos obrigados a ter uma Ditadura temporária, como tiveram os Romanos. Parecia-me que se os honrados Membros refletissem nos seus próprios argumentos, nada mais era preciso para os convencer de que deviam deixar de sustentar o crime.

(30) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 6 de junho de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

Era tal a iniquidade desse Poder, que os Membros da Administração não se atreveram a sustentar o seu exercício; mas agora que um Membro da Administração presente, e da passada, declara formalmente que pelos atos do Poder Moderador não há pessoa alguma que responda, que eles são privativos do Monarca irresponsável, quando se declara isso, queremos ainda conservar este Poder entendido deste modo. Não. Eu receio que, uma vez que esta discussão seja presente ao Brasil, que ele conceda uma indignação, que este poder não se pode conciliar com os princípios constitucionais que tem adotado. Seguramente é necessário removê-lo ou pô-lo de modo que não possa abusar. E, como se compadece a Ditadura com o Sistema Constitucional Representativo? De que nos servem todas essas garantias da Constituição, se temos um Chefe que as pode aniquilar sem responsabilidade alguma? Há de suportar-se no Brasil um Poder desta qualidade, tão execrando que pelo seu horror não tem sido posto em execução, mas que um Membro da Administração disse que podia estar em exercício sem responsabilidade? Senhores, onde vai a inviolabilidade do Monarca, se se admite esta irresponsabilidade de outra pessoa? Porventura pode haver um poder tão independente que não sofra uma resistência?

Aqueles mesmos povos não têm a felicidade de gozarem do sistema representativo, nem por isso deixam de apresentar alguma resistência ao despotismo. Se há leis legais, há a insurreição; é isto o que nós vamos estabelecer no Brasil, isto é, a insurreição contra os abusos desse Poder, pois que negamos que deve haver uma pessoa que seja responsável por esses abusos. Vê-se, pois, que a existência desse Poder como está é contraditória com as idéias de liberdade mais radicadas nos peitos brasileiros.

O nobre Senador disse o modo de entender este Poder, e quando eu vejo que ele faz uma exceção manifesta, como hei de dizer que a opinião do publicista que aponto é constitucional? Não posso, por convicção. Ora, reconhecida a força dos argumentos do nobre Senador Membro da Administração, reconhecido que ele não pode ser destruído, é evidente que devemos necessariamente reconhecer o despotismo sentado de direito no Brasil; e sustentado dessa forma não devemos recear que ele venha de fato? Seguramente; mesmo quando não exista de direito, sempre se forceja por se estabelecer de fato, quanto mais reconhecendo o Senado que ele existe na Constituição. É, pois, necessário que se aniquile este Poder, ou que fique de forma que não possa ser prejudicial às liberdades da Nação” (31).

(31) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 7 de junho de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

O Sr. Alencar — "... Eu confesso que não gosto da palavra Moderador, e nem sou apologista das atribuições que vêm debaixo deste título na Constituição: por exemplo, não gosto, e não gosto nada, da atribuição de dissolver a Câmara dos Deputados. Quando fui membro dessa Câmara, votei ali contra esta atribuição. E muito desejaria que, quando o nosso Jovem Imperador chegue a tomar as rédeas do Governo, não tome sobre si uma atribuição tão odiosa, e que estou persuadido que tem causado a queda do Trono aos Soberanos que a têm posto em prática. Eu estou convencido que, desde o momento em que o ex-Imperador dissolveu a Constituição, deu o primeiro golpe no seu Trono, de que afinal caiu pelos outros golpes que foram consequência daquele primeiro. Apesar, porém, de não ser isto de meu gosto, quando na outra Câmara se tratou da reforma da Constituição, entre algumas emendas que ofereci não toquei nesta matéria, porque me pareceu que a questão era simplesmente de nome. O Poder que o Rei exerce nos Governos Representativos é o Poder Executivo, e como os Ministros do Brasil assinam indistintamente todos os atos do Governo, eu assentava que esta distinção dos dois Poderes na mesma pessoa era puramente nominal. Já disse que tinha votado pela supressão da atribuição de dissolver a Câmara dos Deputados, quando se fez a Lei da Regência, que felizmente passou. Não fiz, porém, grande caso que esta circunstância aparecesse na reforma, por isso que já tinha desaparecido; mas tem-se falado tanto da matéria, que eu julgo dever dizer sobre ela o que entendo. Eu estava convencido que nada se tirava do Poder Imperial, ou antes do Poder dos Ministros, porque entre nós o Imperador é impecável; ele nada faz, e quem nada faz não pode pecar: quem responde por ele são os Ministros de Estado, tanto nos atos do Poder Executivo como nas do Moderador. Ontem disse, e muito bem a meu ver, um nobre Senador que, se os atos eram do Poder Executivo, os Ministros respondiam por eles, e se eram do Poder Moderador, referendavam os Decretos: para que é logo esta palavra? Disse um nobre Senador que esta palavra se deve conservar, porque assim o exige o progresso das luzes; eu estou de opinião contrária, porque assento que, à medida se aumentam as luzes, as matérias se vão simplificando, e desprezando as palavras ociosas, que não exprimem idéias distintas: pelo resto da barbaridade se conserva ainda esta barbaridade. Depois que as luzes se aumentaram sobre o verdadeiro direito público, se começou a encarar o Monarca como o chefe de todos os povos, e os publicistas vão aclarando cada vez mais estas idéias. Benjamin Constant convinha nestas atribuições, e as arranjou de uma maneira, a meu ver, muito judiciosa. Todo o mundo sabe que o Poder Moderador é uma autoridade que a Nação estabeleceu, gozando de todas

as prerrogativas de respeito e homenagem: mas também é a única autoridade que governa no Sistema Representativo. Chama-se pela existência do Poder Moderador, mas as idéias hoje são outras; depois que se fixou bem a idéia da soberania nacional, a sentinela dos mais Poderes é o Legislativo, que não só faz as leis conjuntamente com os outros Poderes, como vigia incessantemente se a Constituição é bem guardada e tem a seu cuidado acusar os Ministros de Estado, ainda os Membros dos outros Poderes. Nos Estados Unidos, a Câmara não só acusa os Membros do Poder Executivo, como acusa também o Judicial. A nossa Constituição, porém, não lhe deu esse poder, mas como têm os Ministros a responsabilidade dos seus subalternos, tem ela todos os poderes. Portanto, está visto que a sentinela da soberania nacional, os guardas que vigiam sobre os atos de todos os Poderes, são os representantes da Nação, e se eles não obrarem bem, não devem ter outra censura senão da Nação. Por consequência, não é o progresso das luzes que sustenta suas doutrinas, é sim o resto da barbaridade. Argumentou-se também com o que se passava na Antigüidade com tais delegados, que vigiavam os outros Poderes; estes exemplos não servem para o nosso caso, porque depois que o espírito humano inventou Constituição, os argumentos da Antigüidade não servem de nada; depois que se estabeleceu o Sistema Representativo, a sentinela das instituições são os representantes do povo, e nomeados periodicamente, por não poder estar o mesmo povo em massa que se não pode desenvolver, e tem nomeado em seu lugar os representantes; é, por consequência, o povo quem impõe, ele é quem tem autoridade de acusar todos os Membros do Poder, e para serem punidos existe a censura da Nação, que os tira do lugar sem pau nem pedra.

Tem-se falado no Governo dos Ministros. Que quer o nobre Senador? Eles é que hão de dirigir. É verdade que, no sistema representativo, o Corpo Legislativo é quem governa, contanto que os Ministros sejam os que falem; mas são os Ministros que têm influência nas Câmaras, e logo que eles perdem esta influência não podem ser mais Ministros de Estado; o Soberano é para gozar de respeito e homenagens e nada faz. Também se diz que o seu nome nada vale; é por isso que eu digo que, se este nome nada vale, todas estas jóias devem ir para outro lugar, debaixo do Poder Executivo; e se agora fizéssemos Constituição, à Constituição podíamos dar-lhe o nome de Poder Soberano.

(...) No nosso sistema, quem governa são os representantes do povo e os Ministros de Estado, o Soberano é feito só para gozar, e não pode fazer nada; logo, se tudo é da atribuição do Ministro, fique então debaixo daquele título. O meu desejo foi dar o meu voto; não sei se tenho sido bem entendido, e como

aqui algumas coisas ferem muito os ouvidos, por exemplo, quando se fala em Federação, como agora eu falei nisto, talvez tenha ferido alguns ouvidos, e se tenha julgado uma blasfêmia; são porém, realidades; enquanto os Soberanos tiverem sem responsabilidade a atribuição de dissolver as Câmaras etc., hão de sempre cair” (32).

Sucedem-se muitos outros pronunciamentos, expendendo-se farta argumentação ora a favor, ora contra o projeto de lei sobre a reforma da Constituição.

Na sessão de 4 de junho, o Senado toma deliberação da maior importância no que concerne à apreciação da matéria: *Não cabe ao Senado indicar para reforma — através de emendas — outros artigos constitucionais, além dos já apontados pela Câmara dos Deputados.*

A decisão resulta de INDICAÇÃO de autoria do Sr. Alencar, com o seguinte teor:

“Requeiro que o Senado decida, primeiro, se deve fazer emendas que induzam a Reforma de alguns outros artigos, além daqueles que a Câmara dos Deputados já assentou que devem ser reformáveis” (33).

Na discussão da matéria, usam da palavra:

O Sr. Marquês de Caravellas — “... Diz a Constituição que a proposição será feita na outra Câmara e isto com certas formalidades; mas pergunto eu se estas formalidades se executariam aqui? Se deve ser apoiada pelo terço dos Senadores? Se será lida por três vezes? E depois da terceira leitura, então, o Senado deliberará se pode ser admitida a discussão? Parece-me que não. A Constituição quis que estas formalidades, depois de iniciada a reforma na Câmara dos Deputados, se praticassem ali mesmo; isto mesmo se vê lendo os arts. 174, 175... É, pois, muito claro que a Constituição só quis cometer esta iniciativa à Câmara temporária, como mais proximamente zeladora dos interesses e vontade do povo. Ninguém nega que depois de preenchidas estas formalidades, siga o projeto os demais trâmites que têm todas as leis... Concluo, pois, que não nos é dado iniciar a reforma de artigo algum além dos que estão compreendidos nas proposições que vêm no projeto...” (33).

O Sr. Borges — “Não me tenha a Câmara por importuno; mas eu quero firmar bem o meu raciocínio. Logo que se apre-

(32) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 6 de junho de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro, 1914.

(33) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 4 de junho de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro.

senta nesta Câmara um projeto de lei, ela tem o direito de o aprovar ou emendar; mas quer o nobre Senador que, neste caso, o Senado só possa emendar no sentido supressivo, e não aumentativo; mas permita-me o nobre Senador que eu lhe observe que não têm sido sempre estes os seus princípios, e posso dizer que a opinião do Senado, portanto, em leis que importam matérias de impostos, como é a do Orçamento, em outras que importam doutrinas relativas a recrutamento, o é de que se pode emendar em toda a sua extensão, e o nobre Senador tem defendido esta autoridade do Senado, e não têm estas leis, pela Constituição, a iniciativa na outra Câmara? Como é, pois, que se diz que esta, por ser iniciada na Câmara dos Deputados, não pode ser emendada no Senado por adições?..." (33).

O Sr. Almeida e Albuquerque — “O nobre Senador argumenta com exemplos que não têm aplicação, porque eu nunca vi no Senado tratar-se de impostos ou de recrutamento, tendo essa Câmara a iniciativa; não há tal exemplo. O caso muda muito de figura; depois de iniciado um imposto, pode o Senado dizer seja este maior ou menor; mas, nunca, o Senado dirá tal imposto que nunca houve. Toda a confusão vem do que se entende por iniciativa. No caso do projeto de reforma tem a Câmara a iniciativa de designar os artigos...”

O Sr. Visconde de Cairu — “Sr. Presidente, não posso votar pelo intitulado artigo único do Projeto de Lei de reforma da Constituição, nem pelo Parecer da Comissão do Senado, nem pelas emendas de dois Senadores que hoje se deram para ordem do dia. Não me conformo com o artigo único, que é realmente artigo *múltiplo*, por englobar doze Proposições diametralmente opostas aos artigos constitucionais da nossa Lei Fundamental, que jurei guardar. A religião do juramento, que prestei neste Senado, obriga-me a não desviar-me uma linha de suas regras. Tenho dito e repito que a Constituição, no artigo 175, só admite reforma de *algum artigo constitucional*, contanto que se mostre que o *mereça*, e se convença a sua *necessidade*. Mas no Projeto em discussão não se indicou algum tal artigo, e verdadeiramente *nenhum* se indicou. Nele se adotou norma inversa, fazendo-se debaixo do título de artigo único a junção de doze Proposições, com que se desorganiza e destrói o sistema que todos juramos, e a Nação unanimemente aceitou, com todas as Câmaras das Províncias, e sem que aliás se mostrem autênticos documentos de que as mesmas Câmaras, com igual unanimidade, agora reclamam tão exorbitante mudança. Apenas têm aparecido Representações de mui poucas para a Reforma, e com um modo vago, sem se designar que artigo ou, ainda, que artigos a mereçam e de que necessidade.

Quanto a mim, nada sei de hermenêutica que identifique *unidade* com *multiplicidade*, e confunda o singular com o plural. Por isso, ainda que o tempo fosse oportuno para a reforma, só a admitiria em algum artigo, e não em muitos ao mesmo tempo, pois que a sã política dita que se não façam reformas nas Constituições dos Estados, senão com extrema circunspecção, gradual e paulatinamente” (34).

Registram os Anais a decisão do Senado a respeito da Indicação em foco:

“Posta à votação a matéria, decidiu-se que o Senado não podia indicar para serem reformados outros artigos que não fossem os já apontados pela Câmara dos Deputados.”

Por essa razão, são retiradas pelos seus autores as seguintes emendas:

“Assembléia Geral, etc.

Art. 1º — São reformáveis os artigos 10, 40, 41, 48, 43, 44, 45, 54, 61, 80, 81, 83, 102, 119, 123, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 153, 154, 171, 177, da Constituição do Império.

Art. 2º — Os eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura lhes conferirão especial faculdade para a pretendida reforma.

Paço do Senado, 28 de maio de 1832. — *Marquês de Barbacena.*”

“Art. 1º Os artigos 29, 40, 61, 73, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 123, 130, 163, 170, 171, necessitam de ser reformados ou alterados.

Art. 2º Os eleitores dos Deputados para a seguinte próxima legislatura lhes conferirão nas procurações especial faculdade para esta pretendida alteração ou reforma.

Paço do Senado, 29 de maio de 1832. — *José Martiniano Alencar.*”

As emendas do Senado, portanto, nos termos da decisão registrada, se dirigem, exclusivamente, aos artigos constitucionais já apontados pela Câmara dos Deputados, como se pode observar da relação abaixo transcrita:

Emendas:

“Parágrafo 1º É reformável o art. 3º da Constituição para compreender os Poderes Provinciais” — *Vergueiro.* (Rejeitada na sessão de 5 de junho de 1832).

(34) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 4 de junho de 1832 — Tomo I. Rio de Janeiro.

“Ao parágrafo 2º É reformável o art. 98 para se prover a responsabilidade dos atos do Poder Moderador” – *Vergueiro*. (Rejeitada na sessão de 8 de junho).

“Parágrafo 4º Merece reforma o art. 17” – *Vergueiro*. (Rejeitada na sessão de 16 de junho).

“É reformável a primeira parte do art. 17” – *Alencar*. (Rejeitada na sessão de 16 de junho).

“Parágrafo 6º É reformável o art. 132, para que os Atos do Poder Moderador sejam assinados por um Ministro” – *Vergueiro*. (Rejeitada na sessão de 25 de junho).

“São reformáveis os artigos 64, 65, 66 e 67” – *Alencar*. (Rejeitada na sessão de 27 de junho).

“Merecem reforma os artigos 139 até 145” – *José Ignácio Borges*. (Rejeitada em 30 de junho).

“Ao parágrafo 8º O art. 138 merece reforma” – *Alencar*. (Rejeitada na sessão de 5 de junho).

“O artigo 73 merece reforma” – *Alencar*. (Rejeitada na sessão de 5 de julho).

“Ao parágrafo 10. Necessita reforma o parágrafo 3º do artigo 83, sem todavia entender-se a imposição sobre comércio estrangeiro ou nacional, quer externo quer costeiro” – *Marquês de Caravellas*. (Rejeitada na sessão de 6 de julho).

“Ao parágrafo 10. Merece reforma o parágrafo 3º do artigo 83, para estabelecer tributos provinciais, contanto que não ofendam os interesses da Nação, ou de outra Província” – *Vergueiro*. (Prejudicada a 1ª parte. Rejeitada a segunda na sessão de 6 de julho).

“Ao parágrafo 11. É reformável o artigo 113” – *Almeida e Albuquerque*. (Rejeitada na sessão de 7 de junho).

“Ao parágrafo 12. Merece reforma o artigo 167” – *Vergueiro*. (Prejudicada na sessão de 7 de julho).

“Ao parágrafo 9º São reformáveis os artigos 81, 82 e 83” – *Almeida e Albuquerque*. (Rejeitada na sessão de 5 de julho).

Debatida a matéria, o Senado, em 14 de agosto de 1832, remete à Câmara o projeto de lei sobre a reforma da Constituição, com 14 emendas. Para se ter uma idéia mais precisa das alterações feitas à proposição, vamos publicar, a seguir, quadro comparativo, contendo o texto do projeto originário da Câmara e as emendas aprovadas pelo Senado.

Projeto de Lei sobre a reforma da Constituição, aprovado pela Câmara, e encaminhado à deliberação do Senado.

Emendas aprovadas pelo Senado ao Projeto de Lei sobre reforma da Constituição.

"A Assembléa Geral Legislativa do Império do Brasil decreta:

Artigo único. Os eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura lhes conferirão nas pro-curações especial faculdade para reformarem os artigos da Constituição, que forem opostos às proposições, que se seguem:

No artigo único suprimam-se as palavras "que forem opostos às proposições". (Emenda apresentada pelo Sr. *Alencar*, na sessão de 4 de junho de 1832).

§ 1º O governo do Império do Brasil será uma monarquia federativa.

§ 1º Suprimido.
(Emenda apresentada pelo Sr. *Marquês de Barbacena*, na sessão de 4 de junho de 1832).

§ 2º A Constituição reconhecerá somente três Poderes Políticos: o Legislativo, o Executivo e o Judicial.

§ 2º Suprimido.
(Emenda apresentada pelo Sr. *Marquês de Caravellas*, na sessão de 5 de junho de 1832).

§ 3º A Constituição marcará distintamente as atribuições que competem ao Poder Legislativo, as que competem à Assembléa Nacional sem a concorrência de outro ramo do Poder; as que competem a cada uma das Câmaras que compõem a Assembléa Nacional; e as que são comuns a ambas as Câmaras; fazendo-se nas respectivas atribuições as alterações que forem convenientes.

O § 3º, que passa para 1º, redija-se assim:

"É reformável o art. 49, a fim de poder o Senado reunir-se independente da Câmara dos Deputados quando se converter em Tribunal de Justiça.

É reformável o art. 61 para conservação da independência de cada uma das Câmaras."

(Emendas apresentadas pelos Srs. *Almeida e Albuquerque e J. Borges*, nas sessões de 8 e 15 de junho de 1832).

§ 4º A Câmara dos Deputados será renovada por novas eleições de dois em dois anos, que formarão o periodo de cada Legislatura.

§ 4º Suprimido.
(Parágrafo rejeitado em Plenário).

§ 5º A Câmara dos Senadores será eletiva, e temporária; a eleição de seus membros será na terça parte dos que a compõem, e terá lugar todas as vezes que se renovar a Câmara dos Deputados.

§ 5º Suprimido.
(Parágrafo rejeitado em Plenário).

§ 6º Passarão para o Poder Executivo as atribuições do Poder Moderador, que for conveniente conservar; as outras serão suprimidas.

§ 6º Suprimido.
(Parágrafo rejeitado em Plenário).

<p>§ 7º O Poder Executivo só poderá suspender a sanção das leis, declarando por escrito os motivos; se apesar disso ambas as Câmaras declararem que o projeto deve passar, será ele promulgado como lei.</p>	<p>§ 7º Suprimido. (Parágrafo rejeitado em Plenário).</p>
<p>§ 8º Será suprimido na Constituição o capítulo relativo ao Conselho de Estado.</p>	<p>§ 8º Suprimido. (Parágrafo rejeitado em Plenário).</p>
<p>§ 9º Os Conselhos Gerais serão convertidos em Assembléias legislativas provinciais, compostas de duas Câmaras; as leis que elas fizerem, nos objetos de sua competência, terão vigor nas respectivas províncias com a sanção dos presidentes.</p>	<p>§ 9º, que passa a 2º, redija-se assim: “É reformável o art. 72 na parte que excetua de ter Conselho Geral a província onde estiver colocada a capital do Império. É reformável o art. 73. É reformável o art. 80 sobre a época de instalação dos Conselhos Gerais de província. É reformável o art. 83, § 3º São reformáveis os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 sobre os Conselhos Gerais poderem resolver definitivamente com aprovação dos presidentes em conselho, quando for de interesse peculiar de suas Províncias, e que se não opuser às leis gerais do Império, ou aos interesses de outra Província, sendo tudo participado pelos presidentes à Assembléia Geral Legislativa, e ao Governo. É reformável o art. 101, § 4º, sobre a aprovação das Resoluções dos Conselhos provinciais pelo Poder Moderador. (Emendas apresentadas pelos Srs. Marquês de Caravellas, Marquês de Barbacena, J. Borges e Barroso, nas sessões de 30 de junho, 5 e 19 de julho de 1832.</p>
<p>§ 10. As rendas públicas serão divididas em nacionais e provinciais; os impostos necessários para as despesas nacionais serão fixados pela Assembléia Nacional, e pelas Assembléias Provinciais os que forem necessários para as despesas provinciais.</p>	<p>“§ 10, que passa a ser 3º: São reformáveis os arts. 170 e 171 para ficarem em harmonia com o que for aprovado nos artigos antecedentes”. (Emenda apresentada pelo Sr. J. Borges, na sessão de 5 de julho de 1832).</p>

<p>§ 11. Durante a menoridade do Imperador, o Império será governado por um Regente, ou Vice-Regente, eleitos pelas Assembléias provinciais do Império, feita a apuração dos votos pela Assembléia Nacional.</p>	<p>§ 11. Suprimido. (Parágrafo rejeitado em Plenário).</p>
<p>§ 12. Nos Municípios haverá um intendente, que será neles o mesmo que os Presidentes nas Províncias.</p>	<p>§ 12. Suprimido. (Emenda apresentada na sessão de 7 de julho de 1832 pelo Sr. J. Borges).</p>

As emendas do Senado, como se pode observar, transformam profundamente a proposição originária. Isto porque, em face delas, se mantém o Poder Moderador, o Conselho de Estado e a vitaliciedade do Senado. Restabelece-se a legislatura de 4 anos e a Regência trina. Suprime-se a criação de Assembléias Provinciais, preferindo o Senado ampliar a competência dos Conselhos Provinciais, já previstos na Constituição.

“As grandes restrições impostas pelo Senado” — diz Afonso Arinos — “causaram fundo descontentamento na maioria liberal da Câmara. Feijó, Ministro da Justiça, colocou-se na linha avançada dos descontentes. E foi então que se tramou o frustrado golpe de Estado concebido para impor a chamada *Constituição de Pouso Alegre*, por ter sido redigida naquela cidade mineira pelo Deputado padre *José Bento*. A Constituição de Pouso Alegre restabelecia algumas reivindicações liberais cortadas pelo Senado, entre elas a supressão do Poder Moderador. Também instituía o referendo obrigatório dos Ministros, para validade dos atos do Executivo, o que conduzia a uma verdadeira prática parlamentar. O movimento que envolveu os principais grupos políticos, inclusive a própria Regência, que com ele se mancomunou, foi abortado, como se sabe, pela reação da maioria da Câmara, conduzida pelo prudente e enérgico Honório Hermeto Carneiro Leão (Paraná)” (35).

Em ambiente, portanto, que põe em risco a vida institucional do País, examina a Câmara as modificações feitas pelo Senado à proposição.

Nas sessões de 29, 30 e 31 de agosto, 1º, 3 e 4 de setembro de 1832, a Câmara discute as emendas do Senado e rejeita a maioria, mantendo somente as seguintes disposições:

“Supressão dos §§ 2º, 4º, 6º, 7º e 12.”

“É reformável o art. 72 na parte que excetua de ter Conselho Federal a Província onde estiver colocada a capital do Império.”

(35) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. II, Rio, Forense, 1960, p. 108.

“É reformável o art. 80 sobre a época de instalação dos Conselhos Gerais de Província.”

O projeto volta, por conseguinte, na sua quase totalidade, à forma inicial. Surge o impasse. A Câmara quer que as reformas atinjam os princípios norteadores da Constituição; o Senado pretende alterações moderadas. Urge uma solução conciliatória e os Parlamentares a encontram ao apoiar a sugestão de *Evaristo da Veiga* no sentido de que as Casas se reúnam para apreciação da matéria, em sessões conjuntas, na forma do art. 61 da Constituição:

“Vencendo-se, porém, que o projeto era vantajoso e útil ao Império (art. 61 da Constituição), requereu a Câmara a reunião da Assembléia Geral para tratar-se das emendas que havia rejeitado.

O requerimento de fusão foi acolhido, e aberta a discussão nos dias 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27 e 28 de setembro, foram aprovadas sete das emendas integralmente, duas somente em parte e as outras rejeitadas.”

Na decisão da Assembléia Geral — aprovando o Projeto que se transforma na Lei de 12 de outubro de 1832 — se contém a solução intermédia: cada Casa cede um pouco de suas convicções em benefício da estabilidade institucional do Brasil.

“Estava — como acentua JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES — destruída a revolução. A maioria moderada do Senado, junto com a minoria da Câmara, conseguiu colocar na Lei de 12 de outubro os elementos para uma reforma suficientemente ampla, mas não exageradamente revolucionária. Reforma, mas não Revolução. Conseguir-se-ia o seguinte: descentralização, abolição do Conselho de Estado, Regente único, eleito pelo povo. Nada de monarquia federativa nem de supressão do Poder Moderador, nem de temporariedade do Senado. Em suma: a reunião das duas Câmaras em Assembléia Geral possibilitou a reforma, em condições moderadas, apenas no sentido da descentralização. Emendou-se a Constituição, complementando-a; mas não a transformando” (36).

Vitaliciedade do Senado (37)

Antes de publicarmos a Lei de 12 de outubro de 1832, vamos anotar o resultado da votação da emenda referente à vitaliciedade do Senado na Assembléia Geral:

A favor da vitaliciedade do Senado votaram os Senadores: — Evangelista, Saturnino, Marquês de Paranaguá, Santos Pinto, bispo, Gomide, Marquês de Palma, Lourenço de Andrade, Costa Barros, Patrício, Conde

(36) JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES — *op. cit.*, p. 437.

(37) Extraído do *Jornal do Commercio* de 28 de setembro de 1832.

de Lages, Furtado de Mendonça, Marquês de Maricá, Manoel Caetano de Almeida e Albuquerque, Visconde de Cairu, Carneiro de Campos, Marquês de Barbacena, Marquês de Caravellas, Marquês de Baependy, Carvalho, Marquês de Inhambupe, Barão da Itapoam, Conde de Valença, Oliveira, Duque-Estrada, Marquês de Queluz, Bacellar, Marquês de Jacarepaguá, Tinoco, Visconde de Alcântara, Rodrigues de Carvalho, Visconde de Congonhas, padre Marcos, D. Nuno e Aguiar.

Deputados: — Almeida Torres, Perdigão, Lopes Gama, Rabello, Miranda Ribeiro, João Fernandes, Manoel Cavalcanti, Mendes Ribeiro, Rebouças, Paim, Calmon, Veiga, Getúlio, Soares da Rocha, Maciel, Mello Mattos, Montesuma, Ribeiro de Andrada, Vellasques, Cavalcanti de Lacerda, Pedro Cavalcanti, Paula Albuquerque e Netto. Ao todo 58.

Votaram contra a vitaliciedade os Senadores: — Vergueiro, Alencar e Ignacio Borges.

Deputados: — Limpo de Abreu, Lemos, Belisario, Pinto Peixoto, Chichorro da Gama, Carneiro da Cunha, Brito Guerra, Bello, Fortuna, Andrade Lima, Henriques de Rezende, Deos e Silva, Gabriel Mendes, Vieira Souto, Amaral, Paes de Barros, Antonio Joaquim de Moura, Evaristo da Veiga, Ignacio da Costa Miranda, Junqueira, Gervasio, Gomes da Fonseca, Ferreira França, Ernesto França, Lobo de Souza, Lessa, Custodio Dias, Fernandes da Silveira, Baptista de Oliveira, Manoel do Nascimento Castro Silva, Vicente Ferreira de Castro Silva, Sebastião do Rego, Pereira Ribeiro, Ferreira de Mello, padre Valerio, Ledo, Muniz Barreto, Lino Coutinho, Vasconcellos, Jacobina, May, Costa Ferreira, Francisco do Rego, Floriano de Toledo, Sá Ribas, Paula Simões, Jardim, Corrêa Pacheco, Aureliano, Odorico Mendes, Duarte Silva, Paula Araujo, Antonio Maria de Moura e Costa Miranda. Ao todo 57.

Faltaram à sessão sete Deputados e nenhum Senador.

LEI DE 12 DE OUTUBRO DE 1832 (38)

Ordena, que os eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura lhes confirmam, nas procurações, faculdade para reformarem alguns artigos da Constituição.

A Regência, em nome do Imperador o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléa Geral Legislativa decretou e ela sancionou a lei seguinte:

Artigo único — Os eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura lhes conferirão, nas procurações, especial faculdade para reformarem os artigos da Constituição, que se seguem:

O artigo 49, a fim de poder o Senado reunir-se independente da Câmara dos Deputados, quando se converter em Tribunal de Justiça.

(38) *Coleção das Leis do Império do Brasil de 1832. Parte Primeira.* Rio de Janeiro, Tipografia Nacional, 1874.

O artigo 72, na parte que excetua de ter Conselho Geral a Província, onde estiver colocada a Capital do Império.

Os artigos 73, 74, 76, 77, 80, 83, § 3º, 84, 85, 86, 87, 88 e 89 para o fim de serem os Conselhos Gerais convertidos em Assembléias Legislativas Provinciais.

O artigo 101, § 4º, sobre aprovação das Resoluções dos Conselhos Provinciais pelo Poder Moderador.

O artigo 123, para o fim de que a Regência Permanente seja de um só membro, e quanto à forma de sua eleição.

Os artigos 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143 e 144, para o fim de ser suprimido o Conselho de Estado.

Os artigos 170 e 171 em relação à reforma que se fizer no artigo 83, § 3º

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e a execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir, e guardar tão inteiramente como nela se contém.

O Secretário de Estado dos Negócios do Império a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palácio do Rio de Janeiro, aos doze dias do mês de outubro de mil oitocentos e trinta e dois, undécimo da Independência e do Império. — *Francisco de Lima e Silva* — *José da Costa Carvalho* — *João Bráulio Moniz* — *Nicolau Pereira de Campos Vergueiro*.

ATO ADICIONAL

Na sessão de 6 de maio de 1834, o Sr. *Henriques de Rezende* encaminha à Mesa requerimento com o seguinte teor:

“Requeiro que, com urgência, se eleja uma Comissão Especial para apresentar a redação das reformas dos artigos da Constituição, conforme os artigos da lei relativa” (39).

À proposição são apresentadas as emendas abaixo transcritas:

“Para que se nomeie a Comissão depois de discutida a lei das reformas constitucionais” — *Sebastião do Rego*.

“Que se nomeie uma Comissão para propor a matéria da reforma ordenada, e promulgada na conformidade do art. 171 da Constituição” — *Hollanda Cavalcanti*.

Colocado em votação o requerimento do Sr. *Henriques de Rezende*, que tem preferência regimental, é o mesmo aprovado, ficando, em consequência, prejudicadas as emendas retrotranscritas.

(39) *Anais da Câmara dos Deputados* — Império do Brasil — Tomo I — Sessão de 6 de maio de 1834.

Em termos imediatos passa-se à eleição da Comissão Especial, que fica, assim, constituída: Srs. *Vasconcellos* (com 47 votos), *Limpo de Abreu* (com 40 votos) e *Paulo Araújo* (com 40 votos).

Na sessão de 5 de junho de 1834, o Sr. *Peixoto de Albuquerque* solicita que a Comissão Especial apresente, com urgência, a conclusão dos seus trabalhos, e, se ainda não findos, ofereça o que estiver pronto. Discorda da sugestão o Sr. *Limpo de Abreu*, esclarecendo que a complexidade da matéria em estudo impede ao Colegiado apresentar o projeto em prazo previamente determinado ou por partes. Acrescenta que a Comissão de reforma “tinha merecido a confiança da maioria da Câmara, e se não tinha oferecido o seu trabalho até então, é porque, apesar de todo empenho, a matéria, ainda, carece de mais algum tempo de estudo pela magnitude do objeto” (40).

Na sessão de 7 de junho de 1834, a Comissão oferece o

Projeto das Reformas da Constituição (41)

‘A Câmara dos Deputados, competentemente autorizada para reformar a Constituição do Império, nos termos da carta de lei de 12 de outubro de 1832, decreta as seguintes mudanças e adições, que, depois de juntas à mesma Constituição, serão solenemente promulgadas:

Art. 1º O direito reconhecido e garantido pelo art. 71 da Constituição será exercitado pelas Câmaras dos distritos e pelas Assembléias, que com o título de — *Assembléias Legislativas Provinciais* — se devem estabelecer em todas as Províncias.

A autoridade da Assembléia Legislativa da Província em que estiver a Corte a não compreenderá nem o seu Município.

Art. 2º Cada uma das Assembléias Legislativas Provinciais constará de 36 membros nas Províncias de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Minas e São Paulo; de 28 nas do Pará, Maranhão, Ceará, Paraíba, Alagoas e Rio Grande do Sul; e de 20 em todas as outras. Este número poderá ser alterado por lei geral.

Art. 3º A sua eleição far-se-á da mesma maneira que se fizer a dos representantes da Nação, e pelos mesmos eleitores; mas cada legislatura provincial durará só dois anos, podendo os membros de uma ser reeleitos para as seguintes.

Imediatamente depois de publicada esta reforma proceder-se-á à eleição das Assembléias Legislativas Provinciais, que entrarão logo em exercício.

(40) *Anais da Câmara dos Deputados — Império do Brasil — Tomo I — Sessão de 5 de junho de 1834.*

(41) *Anais da Câmara dos Deputados — Império do Brasil — Sessão de 7 de junho de 1834.*

Art. 4º A sua primeira reunião far-se-á nas capitais das Províncias, e as seguintes nos lugares que forem designados por atos legislativos provinciais; o lugar, porém, da primeira reunião da Assembléa Legislativa da Província em que estiver a Corte será designado pelo governo.

Art. 5º A nomeação dos respectivos presidentes, vice-presidentes e secretários, verificação dos poderes de seus membros, juramento e sua economia e polícia interna, far-se-ão na forma dos seus regimentos.

Art. 6º Os membros das Assembléas Provinciais são invioláveis pelas opiniões que emitirem no exercício de suas funções e, durante a sua deputação, não poderão ser presos senão por ordem da respectiva Assembléa, salvo por crime de rebelião, sedição, insurreição, auxílio a estrangeiros para a invasão do Império e em flagrante delito de pena capital.

Art. 7º Se algum deles for pronunciado, praticar-se-á o mesmo que determina o art. 28 da Constituição acerca dos Senadores e Deputados.

Art. 8º Todos os anos haverá sessão que durará dois meses, podendo ser prorrogada, quando o julgar conveniente o Presidente da Província.

Art. 9º O Presidente da Província assistirá à instalação da Assembléa provincial, que se fará, à exceção da primeira vez, no dia que ela marcar; terá assento igual ao do presidente dela e à sua direita, e ali dirigirá à mesma Assembléa sua fala, instruindo-a do estado dos negócios públicos e das providências que mais precisar a Província para seu melhoramento.

Art. 10. Compete às Assembléas Legislativas Provinciais legislar:

1º Sobre as pessoas não livres, excetuando o que diz respeito ao seu tráfico externo.

2º Sobre a criação de novas vilas e paróquias, a alteração e extinção das existentes.

3º Sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promover, não compreendendo os cursos jurídicos, faculdades de medicina e academias atualmente existentes, e os que para o futuro forem estabelecidos por lei geral.

4º Sobre os casos em que pode ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial.

5º Sobre a polícia e economia municipal, precedendo proposta das Câmaras.

6º Sobre a fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários, contanto que não prejudiquem as imposições gerais do Estado.

As Câmaras poderão propor os meios de ocorrer às despesas dos seus Municípios.

7º Sobre a repartição da contribuição direta pelos Municípios da Província, e sobre a fiscalização do emprego das rendas públicas provinciais e municipais, e das contas da sua receita e despesa.

As despesas provinciais serão fixadas sobre orçamento do Presidente da Província, e as municipais sobre orçamento das respectivas Câmaras.

8º Sobre a criação, alteração ou suspensão de empregos municipais e provinciais, e estabelecimento dos ordenados.

9º Sobre obras públicas, estradas e navegação no interior da respectiva Província, quando não prejudiquem as outras Províncias.

10. Sobre construção de casas de prisão, trabalho e correção, e regime delas.

11. Sobre casas de socorros públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas.

Art. 11. Também compete às Assembléias Legislativas Provinciais:

1º Organizar os seus regimentos internos sobre as seguintes bases:

1ª Nenhum projeto de lei ou resolução poderá entrar em discussão sem que tenha sido dado para ordem do dia pelo menos 24 horas antes.

2ª Cada projeto de lei ou resolução pelo menos passará por 3 discussões.

3ª De uma a outra discussão não poderá haver menos intervalo do que 24 horas.

Enquanto as Assembléias Provinciais não organizarem os seus regimentos, regular-se-ão pelos regimentos dos Conselhos Gerais de Províncias.

2º Fixar sobre informação do Presidente da Província a força policial respectiva.

3º Autorizar as Câmaras Municipais e o governo provincial para contrair empréstimos, com que ocorram às suas respectivas despesas.

4º Regular a administração dos bens provinciais. Uma lei determinará o que são bens provinciais.

5º Promover cumulativamente com a Assembléia e o governo gerais a organização da estatística da Província, a catequese e civilização dos indígenas, e o estabelecimento de colônias nos lugares incultos.

6º Decidir, quando tiver sido pronunciado o Presidente da Província ou quem suas vezes fizer, se o processo deva continuar e ele ser ou não suspenso do exercício de suas funções.

7º Decretar a suspensão, ainda mesmo demissão, e declarar inábil para exercer o mesmo ou diverso emprego, o magistrado contra quem houver queixa de responsabilidade, sendo ele ouvido e dando-se-lhe lugar a defesa.

8º Exercer cumulativamente com o governo geral, nos casos e pela forma marcados no § 35 do art. 179 da Constituição, o direito que esta concede ao mesmo governo geral, o qual poderá também nos mencionados casos suspender a execução de alguma lei policial, municipal ou provincial, quando assim o julgue indispensável, fazendo cessar essa suspensão imediatamente que cesse a necessidade urgente que a motivou.

9º Velar na guarda da Constituição e das leis na sua Província, e representar à Assembléia e ao governo geral contra as leis de outras Províncias, quando elas ofenderem os seus direitos.

Art. 12. As Assembléias Provinciais não poderão legislar sobre impostos de importação, nem sobre objetos não compreendidos nos dois precedentes artigos.

Art. 13. As leis e resoluções das Assembléias Legislativas Provinciais serão enviadas diretamente ao Presidente da Província, a quem compete sancioná-las.

Art. 14. Se o Presidente, ouvido o seu Conselho, entender que deve sancionar a lei ou resolução, o fará pela seguinte fórmula, assinada do seu punho: — Sanciono e publique-se como lei.

Art. 15. Se o Presidente, ouvido o seu Conselho, julgar que deve negar a sanção por entender que a lei ou resolução não convém aos interesses da Província, o fará por esta fórmula — volte à Assembléia Legislativa Provincial —, expondo abaixo de sua assinatura as razões em que se fundou. Neste caso será o projeto submetido a nova discussão; e se for adotado tal qual, ou modificado no sentido das razões pelo Presidente alegadas, por dois terços dos votos dos membros da Assembléia, será reenviado ao Presidente da Província, que o sancionará. Se não for adotado, não poderá ser novamente proposto na mesma sessão.

Art. 16. Quando, porém, o Presidente negar a sanção por entender que o projeto prejudica a alguma outra Província nos casos declarados no § 9º do art. 10, ou ofende os tratados feitos com nações estrangeiras, e a Assembléia Provincial julgar o contrário por dois terços dos votos, como no artigo precedente, será o projeto com as razões alegadas pelo Presidente da Província levado ao conhecimento do governo e da Assembléia Geral para esta definitivamente decidir, se ele deve ser ou não sancionado.

Art. 17. Não se achando nesse tempo reunida a Assembléa Geral, e julgando o governo que o projeto deva ser sancionado, poderá mandar que ele seja provisoriamente executado, até definitiva decisão da Assembléa Geral.

Art. 18. Sancionada a lei ou resolução, a mandará o Presidente publicar pela forma seguinte — F... Presidente da Província de... faço saber a todos os seus habitantes que a Assembléa Legislativa Provincial decretou e eu sancionei a lei ou resolução seguinte (a íntegra da lei nas suas disposições somente): mando, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida lei ou resolução pertencer, que a cumpram e façam cumprir tão inteiramente como nela se contém. O secretário desta Província a faça imprimir, publicar e correr.

Assinada a lei ou resolução pelo Presidente da Província, e selada com o selo do Império, se guardará o original no arquivo público, e se enviarão exemplares dela a todas as câmaras, tribunais e mais lugares da província, onde convenha fazer-se pública.

Art. 19. O Presidente dará ou negará a sanção no prazo de dez dias, e não o fazendo, ficará entendido que a deu. Neste caso, e quando tendo-lhe sido reenviada a lei, como determina o art. 15, recusar sancioná-la, a Assembléa Legislativa Provincial e mandará publicar com esta declaração, devendo então assiná-la o Presidente da mesma Assembléa.

Art. 20. O Presidente da Província enviará à Assembléa e ao governo gerais cópias autênticas de todos os atos legislativos provinciais que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos gerais, os direitos de outras Províncias, ou os tratados, casos únicos em que o Poder Legislativo geral os poderá revogar.

Art. 21. Os membros da Assembléa Provincial vencerão diariamente, durante o tempo das sessões ordinárias e extraordinárias, e das prorrogações, um subsídio pecuniário marcado pela Assembléa Provincial na primeira sessão da legislatura antecedente. Terão, também, quando morarem fora do lugar da sua reunião, uma indenização anual para as despesas da vinda e volta, marcada pelo mesmo modo e proporcionada à extensão da viagem.

Na primeira legislatura, tanto o subsídio como a indenização serão marcados pelo Presidente da Província.

Art. 22. Além das atribuições que por lei competirem aos Presidentes das Províncias compete-lhes também:

1º Nomear dentre os Deputados provinciais até seis Conselheiros, a quem ouvirá na sanção das leis e em todos os negócios graves da administração provincial, e removê-los quando julgar conveniente.

As funções dos Conselheiros cessam em todo o caso, logo que toma posse novo Presidente.

2º Nomear para um ou mais Municípios delegados que serão incumbidos de aprovar provisoriamente as posturas das Câmaras Municipais, promover a sua observância e executar as ordens do Presidente da Província.

3º Nomear e demitir os empregados públicos, quando o exigir o bem do serviço e não se opuser à lei.

4º Convocar a nova Assembléa Provincial de maneira que possa reunir-se no prazo marcado para as suas sessões.

5º Convocar a Assembléa Provincial extraordinariamente, prorrogá-la e adiá-la, quando assim exigir o bem da Província.

6º Suspender a publicação das leis provinciais nos casos e pela forma marcados nos arts. 15 e 16.

7º Incumbir os negócios gerais aos empregados provinciais e municipais, e vice-versa, quando assim julgar conveniente.

Art. 23. Todos os negócios municipais e provinciais serão decididos, e definitivamente terminados nas respectivas Províncias ainda que seu conhecimento tenha sido cometido a empregados gerais.

Art. 24. Se o Imperador não tiver parente algum que reúna as qualidades exigidas no art. 122 da Constituição, será o Império governado, durante a sua minoridade, por um Regente permanente.

Art. 25. A eleição deste Regente será feita pelos eleitores de todo o Império; os quais reunidos nos respectivos colégios, votarão por escrutínio secreto em um cidadão brasileiro. Apurados os votos, lavrar-se-ão três atas do mesmo teor, que contenham os nomes de todos os votados, e o número exato de votos que cada um obtiver. Assinadas estas atas pelos eleitores, e seladas, serão enviadas, uma à Câmara Municipal a que pertencer o colégio; outra ao governo geral por intermédio do Presidente da Província, e a terceira diretamente ao Presidente do Senado.

Art. 26. O Presidente do Senado, tendo recebido as atas de todos os colégios, abri-las-á em Assembléa Geral, reunidas ambas as Câmaras, e fará contar os votos: o cidadão que obtiver a maioria destes será o Regente. Se houver empate por terem obtido o mesmo número de votos dois ou mais cidadãos, entre eles decidirá a sorte.

Art. 27. O governo nomeará um mesmo dia para esta eleição em todas as Províncias do Império.

Art. 28. Enquanto o Regente não tomar posse, e na sua falta e impedimentos, governará o Ministro de Estado do Império, e na falta ou impedimento deste, o da Justiça.

Art. 29. A atual regência governará até que tenha sido eleito, e tomado posse, o Regente de que trata o art. 25.

Art. 30. Fica suprimido o Conselho de Estado, e serão eliminados da Constituição os artigos de que consta o capítulo 7º do título 5º

Paço da Câmara dos Deputados, 7 de junho de 1834. — *Francisco de Paula Araújo e Almeida — Bernardo Pereira de Vasconcellos — Antônio Paulino Limpo d'Abreu.*”

Na sessão de 14 de junho de 1834, o Sr. *Hollanda Cavalcanti* levanta duas questões, como preliminares à discussão do projeto de reforma da Constituição, através do seguinte requerimento:

“Requeiro que, antes de entrar-se na discussão sobre as reformas decretadas na lei de 12 de outubro de 1832, se decida definitivamente sobre a competência dos representantes para a reforma da Constituição; e, segundo esta decisão, se regule a fórmula da discussão das mesmas reformas, ou segundo se prescreve do Regimento da Casa, ou por uma nova forma. Salva a redação” (42).

Nos termos do requerimento, ao Plenário cabe decidir:

a) se somente a Câmara deliberaria sobre o projeto de reforma da Constituição, ou competiria, também, ao Senado a apreciação da matéria;

b) se a discussão e votação da reforma obedeceriam às normas constantes do Regimento da Casa, ou seriam elaboradas normas especiais para a tramitação do projeto.

Processo legislativo (43)

Apoiados no art. 176 da Constituição — *verbis* — inúmeros Deputados opinam no sentido de que somente a Câmara é competente para proceder às reformas.

“Art. 176. Admitida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do artigo constitucional, se expedirá lei, que será sancionada e promulgada pelo Imperador, em forma ordinária, e na qual se ordenará aos *eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura que, nas procurações, lhes confirmem especial faculdade para a pretendida alteração ou reforma*” (grifos nossos).

O Sr. *Custódio Dias* — “A Câmara, conforme estabelece a Constituição, é a única autoridade para fazer as reformas”.

O Sr. *Ernesto* — “Só a Câmara recebeu poder constituinte para fazer as reformas. E, investida desse poder, nem o Imperador, que tem a facul-

(42) *Anais da Câmara dos Deputados* — Império do Brasil — Sessão de 14 de junho de 1834.

(43) *Anais da Câmara dos Deputados* — Império do Brasil — Sessões de 14 e 16 de junho de 1834.

dade de dissolvê-la, pode usar da prerrogativa, antes que essa Casa Legislativa conclua as augustas tarefas que lhe são cometidas”.

O Sr. *Ferreira da Veiga* — “A Constituição atribui à Câmara todo o ônus da reforma, as suas atribuições não são legislativas, mas constituintes”.

O Sr. *Luiz Cavalcanti*, para aliar-se à tese defendida pelos Deputados que o antecederam, lembra que a expressão “seguinte legislatura”, constante do art. 176 da Lei Maior, não se refere à Assembléia Geral e sim à Câmara dos Deputados, citando, em arrimo, o art. 17 que fixa a duração da legislatura em 4 anos. Tais disposições afastam, no seu entendimento, a participação do Senado no processo de reforma. Além do mais — afirma — o legislador constitucional, ao estatuir que as reformas devem ser feitas pela legislatura seguinte àquela que elaborou a lei autorizativa, objetivou não somente amenizar o furor das paixões momentâneas, mas também dar exclusivamente aos Deputados recém-eleitos a prerrogativa de elaborar a reforma. Não há, portanto, na matéria o poder revisor do Senado. Acrescenta que não concorda com a doutrina constitucional, mas se o Senado interferisse nas reformas, estaria se investindo de um poder que não lhe foi outorgado pela Constituição.

O Sr. *França* — “A Constituição diz que a Assembléia Geral compõe-se de duas Câmaras, e que o Poder Legislativo é delegado à Assembléia Geral, com a sanção do Imperador. Ninguém nega isto. Mas o poder que há de fazer a reforma é porventura o Poder Legislativo? Não é. É o Poder Constituinte. A dúvida, por conseguinte, consiste em não se distinguir o Poder Constituinte do Poder Legislativo. O Poder Constituinte — continua — é a Nação, mas, como o Governo é representativo, a Constituição nomeia quem deve fazer a reforma. E quem recebeu os poderes especiais não foi o Senado, mas a Câmara dos Deputados”.

O Sr. *Cornélio* — “Só a Câmara tem o especial poder para fazer a reforma”.

A favor da participação do Senado na reforma da Constituição se manifestam:

O Sr. *Gonçalves Martins* — O Senado deve opinar sobre a reforma da Constituição simplesmente porque é uma das Casas que compõe o Poder Legislativo. O fato de a regra constitucional estabelecer que somente os Deputados devem receber poderes especiais não exclui o Senado da reforma, tendo em vista ser esta Casa vitalícia. Não vejo, portanto — continua —, nenhuma regra constitucional — explícita ou implícita — que vede a participação do Senado e, se “passar tal doutrina, julgo o Senado com o direito de reclamar”.

O Sr. *Souza Martins* — A palavra legislatura tem duas acepções: “espaço de 4 anos” e “reunião das duas Câmaras”. A legislatura, por conseguinte, não está adstrita à Câmara dos Deputados. Por essa razão, entendo que as

reformas devem estar sujeitas ao juízo das duas Câmaras. Elas — acrescenta — só estão isentas de sanção. A exclusão do Senado — para o orador — significa um golpe de Estado.

O Sr. *Costa Ferreira* — Também apoiado na palavra legislatura — constante do texto constitucional — defende a participação do Senado. Diz ele: a palavra legislatura exprime “espaço de tempo em que as Câmaras trabalham conjuntamente” e, quando o art. 176 fala em seguinte legislatura, quer dizer, a que se segue à em que se iniciou a reformabilidade dos artigos constitucionais, a qual sendo composta de duas Câmaras, a que tratar das reformas será composta, igualmente, de duas Câmaras. Se a Constituição quisesse vedar a participação do Senado nas reformas, teria se expressado de outro modo: “na seguinte legislatura só à Câmara dos Deputados compete tratar das reformas”. Poderia se indagar: — Quem deu procuração aos Senadores para reformarem a Constituição? A resposta é simples: os mesmos que deram poderes para trabalharem na feitura das leis ordinárias: o povo na 1ª eleição deu-lhes poderes para trabalharem vitaliciamente.

O Sr. *Mário do Amaral* — “Não vejo nenhum artigo na Constituição que proíba o Senado de tomar parte na discussão das reformas. E como não desejo que o Governo dê um golpe de Estado, também, não quero que a Câmara prive o Senado do direito de intervir nas reformas, o que constitui, na verdade, um golpe de Estado”.

O Sr. *Arcebispo da Bahia* — “A Câmara pertence, apenas, a iniciativa da reforma, conforme estabelece a Constituição. Do processo de elaboração, entretanto, devem participar as duas Casas do Poder Legislativo”.

O Sr. *Araújo Lima* — “Reconheço o direito que assiste ao Senado de contribuir nas reformas pelas seguintes razões: 1º — a experiência tem demonstrado os perigos de se discutirem as leis em uma só Câmara; 2º — não há regra expressa na Constituição que exclua o Senado da discussão da reforma. A regra — afirma — é que o Senado tome parte em todos os atos legislativos, e desta regra não há uma só exceção”.

O Sr. *Maciel Monteiro* — “Se os legisladores quisessem que só a Câmara participasse das reformas, teriam excluído o Senado em regra expressa”.

Em face da relevância da matéria em debate, que encerra interpretação divergente de disposições constitucionais, o Sr. *Souza Martins* envia à Mesa requerimento com o seguinte teor:

“Requeiro que se peça à outra Câmara a inteligência da Constituição acerca deste objeto” (44).

Tal requerimento recebe crítica veemente do Sr. *Luiz Cavalcanti*:

“Trata-se de saber se a Câmara dos Deputados é só a executora, se lhe compete reformar a Constituição; por isso não pode

consultar a mais ninguém, deve executar da forma que melhor entender.

Fala-se que a Câmara dos Deputados duvida de sua própria jurisdição, e por isso deve consultar ao Senado; a Câmara não tem que consultar ao Senado; a Câmara não tem que consultar, porque é a própria executora do artigo; se o governo fosse o executor, não tinha que consultar a Assembléa. O Senado não é uma corporação submetida à Câmara dos Deputados e, portanto, à Câmara cumpre executar o artigo constitucional sem ouvir conselho do Senado.

Diz que o Senado pode entender de outra forma, e que tem isto? Obre cada um como deve" (44).

Na sessão de 17 de junho, em votação nominal, requerida pelo Sr. Souza Martins, a Câmara decide pela não participação do Senado na reforma constitucional, conforme resultado publicado pelos Anais:

Maioria

Os Srs. Nabuco, Carvalho, Vasconcellos, Bhering, P. Monte, Seara, Paranhos, Cerqueira Leite, Vianna, A. Vianna, Silva, Castro e Silva, Marcondes, Ferreira da Veiga, Tobias, Alves Ferreira, Toledo, Pinto Chichorro, Maria de Moura, Rodrigues Barbosa, Limpo de Abreu, Cornélio França, Santos, Brito, Corrêa Pacheco, Ferreira França, Alves Machado, Quadros Aranha, Rodrigues Torres, Ernesto França Ferreira de Mello, Fernandes Barros, Fernandes da Silveira, Santa Bárbara, Paula Araujo, Pinto Peixoto, Torres, Ernesto França, Ferreira de Mello, Fernandes Barros, Souto, Lima e Silva, Albuquerque Cavalcanti, Baptista de Oliveira, Fernandes Torres, Barreto, Alcibiades, Luiz Cavalcanti, Brito Guerra, Albuquerque Maranhão, Costa Machado, C. Dias, Macedo, Albuquerque e Mello, Hollanda, Duarte e Silva, Junqueira, Jardim, Baptista Caetano, F. de Castro, Sebastião do Rego, Veiga Pessoa, Fortuna, Vital, Ibiapina, Peixoto, B. Cordeiro, Gomes da Fonseca, C. de Vasconcellos, Pontes, Costa Miranda, Figueira de Mello, Belizario, Dias de Toledo.

Minoria

Os Srs. R. de Carvalho, Mello, Cezimbra, Gonçalves Martins, Souza e Oliveira, Souza Martins, Fontes, Augusto da Silva, Maria do Amaral, Costa Ferreira, padre Costa, Francisco do Rego, Araujo Lima, Maciel Monteiro, Galvão, arcebispo da Bahia.

Decidida a questão de ordem constitucional, passam os Srs. Deputados à análise do aspecto regimental: a apreciação da reforma da Cons-

(44) *Anais da Câmara dos Deputados* — Império do Brasil — Sessões de 14 e 16 de junho de 1834.

tituição obedeceria às normas constantes do Regimento da Casa, ou seriam elaboradas normas especiais para a tramitação da proposição?

O Sr. *Castro e Silva* encaminha à Mesa requerimento propondo que a Câmara seja consultada sempre que o Deputado deseje falar “mais das vezes permitidas pelo Regimento” (45).

O Sr. *Souza Martins*, apesar de proclamar que não se deve recorrer ao Regimento da Casa — feito para a apreciação da lei ordinária — quando a Câmara está reunida em Assembléia Constituinte, admite o uso da Lei Interna em face de os Deputados já estarem habituados às suas normas. Entende, por conseguinte, que se deve considerar o projeto de reforma como um projeto de lei ordinária, que está subordinado a três discussões.

O Sr. *Hollanda Cavalcanti*, após comentar que o Regimento prescreve duas fórmulas de discussão: uma para as leis regulamentares, e outra para as leis que não são regulamentares (para as primeiras há duas discussões, para as outras três), julga difícil aplicar qualquer das fórmulas ao projeto de Constituição. Por essa razão, encaminha emenda à proposição do Sr. *Castro e Silva*, sugerindo que a discussão seja regulada consoante as normas seguintes:

“1º Que se proponha a forma por que deve ser reformado cada artigo decretado reformável na lei passada, tendo em vista a proposição da Comissão para isto nomeada, ou outra qualquer feita pelos membros da Câmara.

2º Depois de discutida e vencida a reforma de cada artigo, seja repetido este mesmo processo ainda uma vez, e depois de concluídas estas duas discussões, se estabeleça a relação em que ficaram as reformas com a Constituição, e harmonize-se o vencido com a forma de sua promulgação.”

Também encaminha emenda à Mesa o Sr. *Ernesto*:

“A primeira discussão que se fizer acerca da reforma tenha por base a lei de 12 de outubro, artigo por artigo; depois de concluída a discussão, se a terceira parte da Casa julgar necessária mais alguma discussão, assim se fará” (46).

O Sr. *Paulo Araújo* entende que a primeira discussão do projeto deve versar sobre a utilidade da lei, porque “a Câmara pode fazer ou deixar de fazer a reforma, ainda que eu julgue que deva ser feita”. “Contudo — acrescenta — a Câmara não é obrigada a fazê-la, lembrando que o Decreto aprovado usa da expressão — é reformável — pode reformar-se!

(45) *Anais da Câmara dos Deputados* — Império do Brasil — Tomo I — Sessão de 17 de junho de 1834.

(46) *Anais da Câmara dos Deputados* — Império do Brasil — Tomo I — Sessão de 17 de junho de 1834.

“Pensar o contrário — diz — não é razoável, é sujeitar a Câmara, que tem poderes especiais para reformar àquela outra que não estava autorizada.”

Quanto à matéria que deve ser submetida à discussão, julga que deve ser o projeto apresentado pela Comissão — que regula melhor a marcha da discussão. “A apreciação de tal proposição não fere o direito dos Srs. Deputados de oferecerem suas emendas.”

Defende a terceira discussão do projeto lembrando a necessidade de esta ser feita em globo, porque, se houver, ainda, nessa fase, algum ponto que a Câmara entenda que merece alteração, a matéria poderá entrar em discussão mediante a apresentação de emenda, apoiada por 1/3 de Deputados.

Pelas razões expendidas, encaminha à Mesa requerimento no sentido de que, na discussão do projeto de reforma, se obedeça à mesma fórmula do Regimento para as leis ordinárias, versando a discussão sobre o projeto da Comissão.

O requerimento é aprovado pelo Plenário, como registram os *Anais*:

“Julgando-se a matéria discutida, foram submetidos à votação os requerimentos e emendas, sendo aprovado o do Sr. Paulo Araújo, e reprovados os demais” (47).

Observe-se que, nos termos da decisão supra, o projeto de reforma da Constituição deve ser submetido a três discussões. A primeira versa sobre a utilidade da lei; a segunda e a terceira destinam-se ao debate do mérito da proposição, podendo os Srs. Deputados apresentarem as emendas que julgarem necessárias. O *quorum* para deliberação é o da maioria absoluta, conforme estatui o art. 25 da Constituição:

“Art. 25. Os negócios se resolverão pela maioria absoluta dos votos dos membros presentes” (48).

Discussão do Projeto de Reforma da Constituição

Na sessão de 18 de junho de 1834, procede-se à primeira discussão da matéria — versa sobre a utilidade da lei. O projeto é votado, em globo, e aprovado passa à 2ª discussão.

Registram os *Anais* o resultado da votação — feita nominalmente —, na qual se constata que, apenas, 13 Deputados votaram contra a proposição:

Maioria

Os Senhores Vasconcellos, Nabuco, Souto, Albuquerque Cavalcanti, Fernandes Torres, Albuquerque Maranhão, Fortuna,

(47) *Anais da Câmara dos Deputados* — Império do Brasil — Sessão de 18 de junho de 1834.

(48) Algumas disposições do projeto são votadas nominalmente, como se nota dos *Anais*.

Barreto, Brito Guerra, Carvalho, Ferreira de Castro, Duarte Silva, Custódio Dias, Jardim Junqueira, Albuquerque e Mello, Araujo Vianna, Seara, Bhering, Souza Martins, Climaco Cerqueira Leite, Paranhos, Monte, Souza e Oliveira, Lima e Silva, Mello, Vianna, Gonçalves Martins, Rodrigues Torres, Baptista de Oliveira, Vieira da Silva, Castro e Silva, Marcondes, Alvarenga Ferreira, Ferreira da Veiga, Toledo, Rodrigues Barbosa, Mendes dos Santos, Alcibiades, Fernandes da Silveira, Ernesto, Alves Machado, Quadros Aranha, Maria do Amaral, Tobias, Costa Ferreira, Ferreira de Mello, Fernandes Barros, Limpo de Abreu, Santa Barbara, Paula Araujo, Pinto Peixoto, Costa Miranda, Figueira de Mello, Belisario, Dias de Toledo, Sebastião do Rego, Veiga Pessoa, Vital Pinto de Mendonça, Costa Machado, Ibiapina, Teixeira Peixoto, Galvão, Francisco do Rego, Maciel Monteiro, Gomes da Fonseca, Cunha e Vasconcellos, Pontes.

Minoria

Os Senhores Hollanda, Barbosa Cordeiro, Ignácio Joaquim da Costa, L. Cavalcanti, Raphael de Carvalho, Cezimbra, Fontes, Azevedo e Brito, Ferreira França, Cornelio, Visconde de Goyanna, Augusto da Silva.

Na sessão de 23 de junho de 1834, inicia-se a 2ª discussão do projeto que se prolonga até a sessão do dia 22 de julho de 1834. O projeto é votado separadamente em relação a cada artigo e aprovado com inúmeras emendas. Passa à 3ª discussão.

Na sessão de 29 de julho de 1834, o projeto é incluído em Ordem do Dia para a 3ª discussão. São oferecidas, ainda, algumas emendas à proposição. Submetido à deliberação do Plenário, são aprovados o projeto e as emendas n.ºs 1 a 11.

Vejamos os *Anais*:

“Julgando-se a matéria discutida, procedeu-se à votação. Foram aprovadas as emendas n.ºs 1 até 11; e reprovadas as emendas n.ºs 12 até 25 e 32 a 42.

Passou o projeto por 64 votos contra 20.

Maioria

Os Senhores Francisco de Paula Araujo, Bernardo Pereira de Vasconcellos, Antonio Paulino Limpo de Abreu, José Custodio Dias, Francisco de Paula Cerqueira Leite, José Bento Leite Ferreira de Mello, Baptista Caetano de Almeida, Bernardo Belizario de Souza, Evaristo Ferreira da Veiga, José Pedro de Carvalho, Manoel Gomes da Fonseca, Gabriel Mendes dos Santos, Antonio José Ribeiro Bhering, José Joaquim Fernandes Torres, Gabriel Francisco Junqueira, João Dias de Quadros Aranha, Antonio Pinto Chichorro da Gama, José Alcibiades Carneiro, Manoel Rodrigues

Jardim, Raphael Tobias de Aguiar, Joaquim Florianno de Toledo, Valerio de Alvarenga Ferreira, Manuel Dias de Toledo, Francisco Alvares Machado de Vasconcellos, Lourenço Marcondes de Sá, Diogo Duarte Silva, Manoel Paranhos da Silva Velloso, João de Santa Barbara, Bento de Oliveira Braga, Saturnino de Souza e Oliveira, José Maria Pinto Peixoto, Antonio João de Lessa, José Joaquim Vieira Souto, José Rodrigues Barbosa, João Climaco de Alvarenga Rangel, Joaquim Francisco Alves Branco Muniz Barreto, Antonio Fernandes da Silveira, Ignacio Joaquim da Costa, José Vicente de Macedo, Francisco Remigio de Albuquerque e Mello, Manuel Joaquim Fernandes de Barros, Manoel Messias de Leão, Ignacio de Almeida Fortuna, João Barbosa Cordeiro, Joaquim Teixeira Peixoto de Albuquerque, Antonio Peregrino Maciel Monteiro, José Maria Ildefonso Jacome da Veiga Pessoa, João de Albuquerque Maranhão, José da Costa Machado, Antonio da Cunha Vasconcellos, Francisco de Brito Guerra, Manoel do Nascimento Castro e Silva, Francisco Alves Pontes, Vicente Ferreira de Castro e Silva, José Mariano de Albuquerque Cavalcanti, Antonio Pinto de Mendonça, Jeronymo Martiniano Figueira de Mello, Joaquim Ignácio da Costa Miranda, José Joaquim de Lima e Silva, Francisco de Souza Martins, Antonio Pedro da Costa Ferreira, Vital Raymundo da Costa Pinheiro, Antonio Corrêa Seara, José Thomaz Nabuco de Araujo.

Minoria

Os Senhores Honorio Hermeto Carneiro Leão, Candido José de Araujo Vianna, Joaquim José Rodrigues Torres, Candido Baptista de Oliveira, Cornelio Ferreira França, Ernesto Ferreira França, Antonio Ferreira França, Joaquim Martins Fontes, Antonio Augusto da Silva, Paulo José de Mello de Azevedo e Brito, Francisco Gonçalves Martins, João Gonçalves Cezimbra, Innocencio José Galvão, visconde de Goyanna, Antonio Francisco de Paula e Hollanda Cavalcanti de Albuquerque, Luiz Francisco de Paula Cavalcanti de Albuquerque, Francisco do Rego Barros, Sebastião do Rego Barros, Pedro de Araujo Lima, Manoel Maria do Amaral.

Apesar de a maioria das emendas aprovadas serem de ordem redacional, é relevante frisar que duas delas alteram substancialmente o texto do projeto apresentado pela Comissão Especial, redigido por *Bernardo Pereira de Vasconcellos* (49). A primeira, de autoria dos Srs. *Costa Miranda e Alves Machado Melo* (sessão de 9 de julho de 1834), suprime o § 1º do art. 22 do projeto original: autoriza o Presidente de Província a “nomear dentre os Deputados provinciais até seis Conselheiros, a quem ouvirá na sanção das leis e em todos os negócios graves da administração provincial, e removê-los quando julgar conveniente...”. A segunda suprime o § 1º

(49) As alterações feitas à proposição teriam levado Vasconcellos a afirmar: “Eis o Código da anaquia”.

do art. 10: fixa a competência das Assembléias para legislar “sobre as pessoas não-livres, excetuando o que diz respeito ao seu tráfico externo”.

Mas, é uma outra emenda, aditiva, que vai dar lugar aos conflitos que surgem entre as atribuições do poder geral e do poder provincial. Ela consubstancia o § 7º do art. 10 do Ato Adicional e dela falaremos na parte do presente trabalho pertinente à Lei de Interpretação.

Na sessão de 6 de agosto de 1834, é aprovada a redação do projeto de reforma constitucional. Ainda nessa sessão o Sr. Paulo Araújo encaminha à Mesa o seguinte requerimento:

“Proponho que as reformas constitucionais, depois de assinadas pela Mesa, sejam apresentadas à regência por uma deputação de 24 membros.”

No dia 9 de agosto de 1834, o Sr. *Limpo de Abreu*, orador designado, cumpre a deliberação da Assembléia e lê o discurso “apresentando a S.M. Imperial “o fruto das meditações e dos trabalhos da Câmara dos Deputados” (50):

“Senhor!

A Câmara dos Deputados, tendo ultimado as reformas da Constituição do Império, nos envia em solene deputação para termos a honra de apresentar a V. M. I. o fruto de suas meditações e trabalhos. Este benefício reclamado há muito tempo pelo progressivo incremento da civilização e das luzes e pelas crescentes necessidades das Províncias; este benefício que o Brasil, a despeito dos estímulos de um patriotismo ardente, aguardou respeitoso da ação ordinária da lei, é o monumento novo nos fastos da sua história política, que hoje deposita, cheio de confiança, nas augustas mãos de V. M. I. Investida pelo sufrágio livre dos eleitores da privativa autoridade de concluir a obra de reforma, a Câmara dos Deputados, consciência de toda a extensão de seus deveres, de toda a responsabilidade que contraíra para com a Nação, não podia ser nem mais fiel à lei de 12 de outubro de 1832, que traçara o círculo de seu poder constituinte, nem mais solícita em conferir às Províncias todos os recursos necessários à sua nova existência.

A capacidade nacional, que deve exaltar mais do que tudo o justo preço do patriotismo, prevalece aí acima de mesquinhas considerações locais; os objetos provinciais acham-se cautelosamente descritos e extremados para se evitarem destarte os conflitos e as lutas intermináveis que tão fatais podem ser aos interesses dos povos, comprometendo a sua paz e segurança; a unidade e energia de ação sem as quais o corpo social enlanguesce e definha, são conservados no Governo geral para poder preencher com vantagem do Estado as variadas e difíceis obrigações a seu cargo; o

(50) JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES — *O Parlamento e a Evolução Nacional* — 1972 — Senado Federal — p. 101.

princípio federal amplamente desenvolvido recebe apenas na sua aplicação aquelas modificações que são filhas do estudo e da experiência das Nações mais cultas; respeita-se enfim religiosamente a forma de governo que a *nação adotou*, e que tem contribuído *nas maiores crises para salvá-la* do embate das paixões e dos partidos, e as prerrogativas da Coroa Imperial adquirem novo esplendor e realce.

Senhor! Esta obra verdadeiramente da Nação, organizada pelos representantes a quem ela delegou esta missão importante, oferece a estrutura de um novo governo que parece ter sido até agora na Europa o sonho de alguns políticos, mas que vai ser agora uma realidade na América — uma monarquia sustentada por instituições populares. São estes também os elementos mais sólidos da conservação das monarquias.

Releva, pois, Senhor, que V. M. I. se digne de mandar promulgar esta lei da reforma, penhor da união das províncias, objeto dos votos e esperança da Nação a que preside, para que a sua execução faça sentir quanto antes todos os melhoramentos, e a par deles a prosperidade geral, que promete e assegura.

Este ato, Senhor, em que as idéias de um dever sagrado se entrelaçam com os desejos, com as inclinações de um Príncipe constitucional, que sob os mais felizes auspícios subiu ao trono deste vasto Império no memorável dia 7 de abril, erigirá ao nome augusto de V. M. I. um padrão de eterna glória, propício aos Brasileiros que o adoram, e à liberdade de todas as nações.”

Eis o Ato Adicional⁽⁵¹⁾, “primeira e única reforma expressa” da Constituição de 1824:

LEI Nº 16, DE 12 DE AGOSTO DE 1834

FAZ ALGUMAS ALTERAÇÕES E ADIÇÕES À CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO, NOS TERMOS DA LEI DE 12 DE OUTUBRO DE 1832

A Regência permanente, em nome do Imperador o Sr. D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Câmara dos Deputados, competentemente autorizada para reformar a Constituição do Império, nos termos da Carta de Lei de 12 de outubro de 1832, decretou as seguintes mudanças e adições à mesma Constituição:

Art. 1º O direito, reconhecido e garantido pelo art. 71 da Constituição, será exercido pelas Câmaras dos Distritos e pelas Assembléias,

(51) “O nome Ato Adicional foi sugerido pessoalmente pelo Imperador Napoleão, para designar a reforma constitucional de fundo liberal com que ele pretendeu firmar o seu poder no breve reinado dos Cem Dias” (AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *Curso de Direito Constitucional Brasileiro* — Vol. II. Forense, 1960, p. 107.

que, substituindo os Conselhos Gerais, se estabelecerão em todas as Províncias, com o título de: Assembléias Legislativas Provinciais.

A autoridade da Assembléia Legislativa da Província em que estiver a Corte não compreenderá a mesma Corte, nem o seu Município.

Art. 2º Cada uma das Assembléias Legislativas Provinciais constará de 36 membros nas Províncias de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Minas e São Paulo; de 28 nas do Pará, Maranhão, Ceará, Paraíba, Alagoas e Rio Grande do Sul; e de 20 em todas as outras. Este número é alterável por lei geral.

Art. 3º O Poder Legislativo Geral poderá decretar a organização de uma segunda Câmara legislativa para qualquer Província, a pedido de sua Assembléia, podendo esta segunda Câmara ter maior duração do que a primeira.

Art. 4º A eleição destas Assembléias far-se-á da mesma maneira que se fizer a dos Deputados à Assembléia Geral Legislativa e pelos mesmos eleitores, mas cada Legislatura provincial durará só dois anos, podendo os membros de uma ser reeleitos para as seguintes.

Imediatamente depois de publicada esta reforma proceder-se-á em cada uma das Províncias à eleição dos membros das suas primeiras Assembléias Legislativas Provinciais, as quais entrarão logo em exercício e duração até o fim do ano de 1837.

Art. 5º A sua primeira reunião far-se-á nas capitais das Províncias, e as seguintes nos lugares que forem designados por atos legislativos provinciais; o lugar, porém, da primeira reunião da Assembléia Legislativa da Província em que estiver a Corte será designado pelo Governo.

Art. 6º A nomeação dos respectivos presidentes, vice-presidentes e secretários, verificação dos poderes de seus membros, juramento e sua polícia e economia interna far-se-ão na forma dos regulamentos e interinamente na forma do regimento dos Conselhos Gerais de Província.

Art. 7º Todos os anos haverá sessão que durará dois meses, podendo ser prorrogada, quando o julgar conveniente o Presidente da Província.

Art. 8º O Presidente da Província assistirá à instalação da Assembléia Provincial que se fará, à exceção da primeira vez, no dia que ela marcar; terá assento igual ao do Presidente dela e à sua direita; e aí dirigirá à mesma Assembléia a sua fala instruindo-a do estado dos negócios públicos e das providências que mais precisar a Província para seu melhoramento.

Art. 9º Compete às Assembléias Legislativas Provinciais propor, discutir e deliberar, na conformidade dos artigos 81, 83, 84, 85, 86, 87 e 88 da Constituição.

Art. 10. Compete às mesmas Assembléias legislar:

1º) sobre a divisão civil, judiciária e eclesiástica da respectiva Província e mesmo sobre a mudança da sua capital para o lugar que mais convier;

2º) sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la, não compreendendo as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, academias atualmente existentes e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que, para o futuro, forem criados por lei geral;

3º) sobre os casos e a forma por que pode ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial;

4º) sobre a polícia e economia municipal, precedendo propostas das Câmaras;

5º) sobre a fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários, contanto que estes não prejudiquem as imposições gerais do Estado.

As Câmaras poderão propor os meios de ocorrer às despesas dos seus Municípios;

6º) sobre a repartição da contribuição direta pelos Municípios da Província, e sobre a fiscalização do emprego das rendas públicas provinciais e municipais, e das contas de sua receita e despesa.

As despesas provinciais serão fixadas sobre orçamento do Presidente da Província, e as municipais sobre orçamento das respectivas Câmaras;

7º) sobre a criação, supressão e nomeação para os empregos municipais e provinciais, e estabelecimentos dos seus ordenados.

São empregos municipais e provinciais todos os que existirem nos Municípios e Províncias, à exceção dos que dizem respeito à arrecadação e dispêndio das rendas gerais, à administração da guerra e marinha e dos correios gerais; dos cargos de Presidente de Província, bispo, comandante superior da guarda nacional, membro das relações e tribunais superiores e empregados das faculdades de medicina, cursos jurídicos e academias, em conformidade da doutrina do § 2º deste artigo;

8º) sobre obras públicas, estradas e navegação no interior da respectiva Província, que não pertençam à administração geral do Estado;

9º) sobre construção de casas de prisão, trabalho, correição e regime delas;

10) sobre casas de socorros públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas;

11) sobre os casos e a forma por que poderão os Presidentes das Províncias nomear, suspender e ainda mesmo demitir os empregados provinciais.

Art. 11. Também compete às Assembléias Legislativas Provinciais:

1º) organizar os Regimentos Internos sobre as seguintes bases: 1ª) nenhum projeto de lei ou resolução poderá entrar em discussão sem que tenha sido dado para ordem do dia pelo menos 24 horas antes; 2ª) cada projeto de lei ou resolução passará, pelo menos, por três discussões; 3ª) de uma a outra discussão não poderá haver menor intervalo do que 24 horas;

2º) fixar sobre informação do Presidente da Província, a força policial respectiva;

3º) autorizar as Câmaras municipais e o governo provincial para contrair empréstimos com que ocorram às suas respectivas despesas;

4º) regular a administração dos bens provinciais. Uma lei geral marcará o que são bens provinciais;

5º) promover, cumulativamente com a Assembléia e o Governo geral, a organização da estatística da Província, a catequese, a civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias;

6º) decidir quando tiver sido pronunciado o Presidente da Província, ou quem suas vezes fizer, se o processo deva continuar, e ele ser ou não suspenso do exercício de suas funções, nos casos em que pelas leis tem lugar a suspensão.

7º) decretar a suspensão e ainda mesmo a demissão do magistrado contra quem houver queixa de responsabilidade, sendo ele ouvido, e dando-se-lhe lugar à defesa;

8º) exercer, cumulativamente com o Governo geral, nos casos e pela forma marcados no § 35 do art. 179 da Constituição, o direito que esta concede ao mesmo Governo geral;

9º) velar na guarda da Constituição e das leis na sua Província, e representar à Assembléia e ao Governo gerais contra as leis de outras Províncias que ofenderem os seus direitos.

Art. 12. As Assembléias Provinciais não poderão legislar sobre impostos de importação, nem sobre objetos não compreendidos nos dois precedentes artigos.

Art. 13. As leis e resoluções das Assembléias Legislativas Provinciais sobre os objetos especificados nos arts. 10 e 11 serão enviadas diretamente ao Presidente da Província, a quem compete sancioná-las.

Excetuam-se as leis e resoluções que versarem sobre os objetos compreendidos no art. 10, §§ 4º, 5º e 6º, na parte relativa à receita e despesa municipal, e § 7º, na parte relativa aos empregos municipais, e no art. 11, §§ 1º, 6º, 7º e 9º, as quais serão decretadas pelas mesmas Assembléias, sem dependência da sanção do Presidente.

Art. 14. Se o Presidente entender que deve sancionar a lei ou resolução, o fará pela seguinte fórmula, assinada de seu punho: "Sanciono, e publique-se, como lei".

Art. 15. Se o Presidente julgar que deve negar a sanção, por entender que a lei ou resolução não convém aos interesses da Província, o fará por esta fórmula: "Volte à Assembléia Legislativa Provincial", expondo debaixo de sua assinatura as razões em que se fundou. Neste caso, será o projeto submetido a nova discussão; e se for adotado tal qual, ou modificado no sentido das razões pelo Presidente alegadas, por dois terços dos votos dos membros da Assembléia, será reenviado ao Presidente da Província, que o sancionará. Se não for adotado, não poderá ser novamente proposto na mesma sessão.

Art. 16. Quando, porém, o Presidente negar a sanção por entender que o projeto ofende os direitos de alguma outra Província, nos casos declarados no § 8º do art. 10, ou os tratados feitos com as nações estrangeiras, e a Assembléia Provincial julgar o contrário por dois terços dos votos, como no artigo precedente, será o projeto, com as razões alegadas pelo Presidente da Província, levado ao conhecimento do Governo e Assembléia Geral, para esta definitivamente decidir se ele deve ser ou não sancionado.

Art. 17. Não se achando nesse tempo reunida a Assembléia Geral e julgando o Governo que o projeto deve ser sancionado, poderá mandar que ele seja provisoriamente executado, até definitiva decisão da Assembléia Geral.

Art. 18. Sancionada a lei ou resolução, a mandará o Presidente publicar pela forma seguinte: "F Presidente da Província de, faço saber a todos os seus habitantes que a Assembléia Legislativa Provincial decretou, e eu sancionei, a lei ou resolução seguinte (a íntegra da lei nas suas disposições somente): mando, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei ou resolução pertencer, que a cumpram e façam cumprir tão inteiramente como nela se contém. O secretário da Província a faça imprimir, publicar e correr."

Assinada pelo Presidente da Província a lei ou resolução, e selada com o selo do Império, guardar-se-á o original no arquivo público, e enviar-se-ão exemplares delas a todas as Câmaras e Tribunais e mais lugares da Província, onde convenha fazer-se pública.

Art. 19. O Presidente dará ou negará a sanção no prazo de dez dias, e não o fazendo, ficará entendido que a deu.

Neste caso, e quando, tendo-lhe sido reenviada a lei, como determina o art. 15, recusar sancioná-la, a Assembléa Legislativa Provincial a mandará publicar com esta declaração, devendo então assiná-la o Presidente da mesma Assembléa.

Art. 20. O Presidente da Província enviará à Assembléa e Governo Geral cópias autênticas de todos os atos legislativos provinciais que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem à Constituição, os impostos gerais, os direitos de outras Províncias ou tratados, casos únicos em que o Poder Legislativo geral os poderá revogar.

Art. 21. Os membros das Assembléas Provinciais serão invioláveis pelas opiniões que emitirem no exercício de suas funções.

Art. 22. Os membros das Assembléas Provinciais vencerão diariamente, durante o tempo das sessões ordinárias, extraordinárias e das prorrogações, um subsídio pecuniário marcado pela Assembléa Provincial na primeira sessão da Legislatura antecedente. Terão também, quando morarem fora do lugar da sua reunião, uma indenização anual para as despesas de ida e volta, marcada pelo mesmo modo e proporcionada à extensão da viagem.

Na primeira Legislatura, tanto o subsídio como a indenização serão marcados pelo Presidente da Província.

Art. 23. Os membros das Assembléas Provinciais que forem empregados públicos não poderão, durante as sessões, exercer o seu emprego, nem acumular ordenados; tendo, porém, opção entre o ordenado do emprego e o subsídio que lhes competir como membros das ditas Assembléas.

Art. 24. Além das atribuições que por lei competirem aos Presidentes das Províncias, compete-lhes também:

1º) convocar a nova Assembléa Provincial, de maneira que possa reunir-se no prazo marcado para suas sessões.

Não a tendo o Presidente convocado seis meses antes deste prazo, será a convocação feita pela Câmara Municipal da capital da Província;

2º) convocar a nova Assembléa Provincial extraordinariamente, prorrogá-la e adiá-la, quando assim o exigir o bem da Província, contanto, porém, que em nenhum dos anos deixe de haver sessão;

3º) suspender a publicação das leis provinciais nos casos e pela forma marcados nos arts. 15 e 16; e

4º) expedir ordens, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis provinciais.

Art. 25. No caso de dúvida sobre a inteligência de algum artigo desta reforma, ao Poder Legislativo Geral compete interpretá-lo.

Art. 26. Se o Imperador não tiver parente algum que reúna as qualidades exigidas no art. 122 da Constituição, será o Império governado, durante a sua menoridade, por um Regente eletivo e temporário, cujo cargo durará quatro anos, renovando-se para esse fim a eleição de quatro em quatro anos.

Art. 27. Esta eleição será feita pelos eleitores da respectiva legislatura, os quais, reunidos nos seus colégios, votarão por escrutínio secreto em dois cidadãos brasileiros, dos quais um não será nascido na Província a que pertencem os colégios, e nenhum deles será cidadão naturalizado. Apurados os votos, lavrar-se-ão três atas do mesmo teor que contenham os nomes de todos os votados e o número exato de votos que cada um tiver. Assinadas estas atas pelos eleitores e seladas, serão enviadas, uma à Câmara Municipal a que pertencer o colégio, outra ao Governo Geral por intermédio do Presidente da Província, e a terceira diretamente ao Presidente do Senado.

Art. 28. O Presidente do Senado, tendo recebido as atas de todos os colégios, abri-las-á em Assembléia geral, reunidas ambas as Câmaras, e fará contar os votos; o cidadão que obtiver a maioria destes será o Regente. Se houver empate, por terem obtido o mesmo número de votos dois ou mais cidadãos, entre eles decidirá a sorte.

Art. 29. O Governo Geral marcará um mesmo dia para esta eleição em todas as Províncias do Império.

Art. 30. Enquanto o Regente não tomar posse, e na sua falta e impedimentos, governará o Ministro de Estado do Império, e na falta ou impedimento deste, o da Justiça.

Art. 31. A atual Regência governará até que tenha sido eleito e tomado posse o Regente de que trata o art. 26.

Art. 32. Fica suprimido o Conselho de Estado de que trata o título 5º, capítulo 7º, da Constituição.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução das referidas mudanças e adições pertencer, que as cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nelas se contém.

O Secretário de Estado dos Negócios do Império as faça juntar à Constituição, imprimir, promulgar e correr. — Palácio do Rio de Janeiro, aos 12 de agosto de 1834, 11º da Independência e do Império — *Francisco Lima e Silva — João Bráulio Moniz — Antônio Pinto Chichorro da Gama.*

(*Coleção das Leis do Império do Brasil de 1834 — Parte primeira — Rio de Janeiro. Tipografia Nacional, 1866.*)

Decisão do Senado a respeito da Reforma Constitucional

Nas sessões de 6, 7, 8, 22 e 25 de agosto de 1834, o Senado debate a questão de “ter ou não a Câmara vitalícia parte na decretação do Ato Adicional” (52).

Na sessão de 6 de agosto de 1834, é lido o seguinte requerimento:

“Requeiro: 1º) que o Senado declare, por votação, que não julga legal a reforma da Constituição por não ter a sua aprovação; 2º) que o resultado da votação seja comunicado à Câmara dos Deputados” (53).

A Comissão Especial profere o parecer abaixo transcrito sobre a proposição:

“A Comissão, refletindo sobre o requerimento que lhe foi remetido sobre o declarar-se ilegal a reforma da Constituição feita pela Câmara dos Deputados, é de parecer que, não tendo sido oficialmente comunicado a esta Câmara o resultado das deliberações daquela outra, é intempestiva qualquer declaração do Senado a este respeito”.

Ass. Srs. *Visconde de Cayru, Feijó e Visconde de Pedra Branca*, vencido (54).

VOTO SEPARADO

“Quanto à matéria é o voto dos abaixo assinados que o Senado, sem entrar no exame da legalidade, encarando somente a questão pelo lado político, declare que aderiu às reformas, e logo que elas sejam solenemente comunicadas, comunique então essa sua adesão à Câmara dos Deputados e ao Governo”. Ass. os Srs. *Marquês de Caravellas e Paula Souza*.

Usam da palavra para discutir a matéria, entre outros, os Srs. *Visconde de Cayru e Borges*.

O Sr. *Visconde de Cayru* defende, com veemência, o direito do Senado em participar da reforma:

“Quando, pois, Senhores, vierem as reformas, nós nos ocuparemos delas, mas não vindo para o Senado tomar nelas a parte que

(52) BARÃO HOMEM DE MELLO — *Anais do Senado* — agosto de 1834.

(53) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 6 de agosto. Ao ser transcrito o requerimento, não consta o nome do seu autor. Nos discursos proferidos, entretanto, os oradores referem-se ao Sr. Saturnino como o autor do requerimento.

(54) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 6 de agosto de 1834.

deve, então não deliberaremos a tal respeito, embora o Senado sucumba como se diz, mas sucumbirá com honra”.

Já o *Sr. Borges* combate o parecer da Comissão, bem como o voto separado, e em face de julgar necessária uma decisão da Casa “qualquer que ela seja”, apresenta a seguinte emenda ao requerimento em discussão:

“O Senado reconhece o direito conferido aos atuais Deputados por efeito da procuração expressa, porque só a eles compete o fazer a reforma da Constituição já decretada”.

Submetido à deliberação o parecer da Comissão, é a proposição aprovada por 20 votos contra 13, ficando, conseqüentemente, prejudicada a emenda.

Na sessão de 22 de agosto de 1834, recebe o Senado a cópia do autógrafa das reformas decretadas pela Câmara dos Deputados, e promulgadas pela Regência.

Vejamos os *Anais*:

“Passou a ter lugar a leitura da cópia do autógrafa das reformas decretadas pela Câmara dos Deputados, e promulgadas pela Regência”.

O *Sr. Paula Souza* entende que o Senado deve se pronunciar, formalmente, sobre o documento recebido. Por essa razão encaminha à Mesa o seguinte

REQUERIMENTO

“Requeiro que se rejeite o requerimento que declara ilegal a reforma da Constituição; e o Senado responda à outra Câmara que recebeu a cópia oficial, e que reconhece a reforma como parte da Constituição do Estado.”

Em termos imediatos, o *Sr. Feijó* encaminha à Mesa a seguinte emenda de redação:

“Responda-se à Câmara dos Deputados que o Senado recebeu a cópia da lei das reformas que desde a sua publicação passou à parte da lei fundamental.”

O *Sr. Paula Souza*, por sua vez, apresenta subemenda à emenda supra-transcrita:

“Caso se aprove a emenda do *Sr. Feijó*, ofereço como aditamento o seguinte: e que se declare explicitamente, por uma votação, que se rejeita o requerimento do *Sr. Saturnino*.”

Na sessão de 25 de agosto de 1834, o *Sr. Feijó* retira a sua emenda ficando prejudicada a subemenda do *Sr. Paula Souza*.

Na mesma sessão a Câmara rejeita o requerimento do Sr. *Saturnino* e aprova o do Sr. *Paula Souza* (55).

Na decisão do Senado se contém a renúncia ao direito líquido que tem de participar da elaboração do Ato Adicional. Os motivos políticos sobrepõem-se às regras legais:

“A 12 de agosto estava terminado o Ato Adicional sem que o Senado tivesse participado da fase final da sua elaboração. A legalidade de tal procedimento da Câmara, ressentida com a resistência que o seu espírito renovador encontrara na outra Casa, era, pelo menos, duvidosa. Poder-se-ia dizer que a reforma se cingira aos pontos permitidos pela lei de 1832, de que participara o Senado, mas tal explicação não satisfazia, pois nada na Constituição excluía a revisão final da Câmara Alta. O certo é que o Senado, cõscio da sua fraqueza no momento, resolveu aderir ao golpe de força da Câmara aceitando o Ato Adicional como válido, embora o fizesse declaradamente por causas políticas e não por motivos legais” (AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *Curso de Direito Constitucional Brasileiro* — vol. II. Forense, 1960, pp. 109 e 110).

LEI DE INTERPRETAÇÃO DO ATO ADICIONAL

“A promulgação do Ato Adicional deu caráter de festividade nacional ao respectivo dia, havendo salvas nas fortalezas e navios de guerra. A lei foi lida em sessão solene da edilidade e distribuída. Na capela imperial houve *Te-Deum*, a que compareceram o Imperador, as Princesas e a Regência. A cidade ostentou luminárias” (MORAIS DE AZEVEDO, citado por AURELINO LEAL — *Do Ato Adicional à Maioridade*, 1915, p. 46).

As exteriorizações excedem o valor da lei, ou a mentalidade do homem permanece estranha às novas conquistas, ou, ainda, as reformas não se ajustam ao terreno até então árido?

Na verdade, o Ato Adicional, que legitima a Constituição de 1824, tem vida efêmera. A descentralização pretendida torna-se incompatível com a corrente conservadora dominante. E a relativa autonomia dada às Províncias pelo diploma legal esvai-se em conflitos sucessivos entre o poder geral e o poder provincial. Isto porque cabe às Assembléias legislar sobre as matérias indicadas na Lei, mas compete ao legislador geral a interpretação do próprio Ato.

O § 7º do art. 10 do Ato Adicional, entre outras disposições, é o ponto vulnerável da questão, como esclarece Paulino de Souza (Visconde

(55) *Anais do Senado* — Império do Brasil — Sessão de 25 de agosto de 1834.

de Uruguai) (56): “Esta declaração e enumeração, que se contém na segunda parte do § 7º do art. 10 do Ato Adicional, e que é a causa principal de toda a confusão e conflitos que se têm dado entre as atribuições do poder geral e provincial, não existia no projeto da Comissão. É, *ipsis verbis*, uma emenda do Deputado pela Bahia, Paulo Araújo, a qual veio dar lugar a todas as complicações que têm aparecido”.

Bernardo de Vasconcellos, redator do projeto que dá origem ao Ato Adicional, na sessão do Senado de 29 de maio de 1839, ressalva a sua responsabilidade do “insucesso da reforma”, afirmando: “Eu entendi que o Ato Adicional devia ser aprovado tal qual o redigi e apresentei na Câmara dos Deputados. Não consegui o meu desejo; fizeram-lhe consideráveis emendas que o podem tornar, como eu receava, a carta da anarquia, se o Senado, a Câmara dos Deputados e o Poder Moderador não promoverem a sua interpretação de maneira tal que os diversos elementos governativos se não combatam.”

Mas, não fiquemos somente na opinião dos dois estadistas. Evoquemos, ainda:

AURELINO LEAL (57):

“O futuro mostrou que o Ato Adicional era imprestável para realizar os intuitos visados pelos seus autores. O artifício combinado não permitiu que os dois governos — geral e o provincial — se movessem harmonicamente, o primeiro contrastando o segundo, mas deixando-lhe aquela porção de autonomia que decorre da descentralização administrativa.”

JOSÉ CARLOS RODRIGUES (58):

“As Assembléias Provinciais legislavam sobre objetos de sua inteiramente estranha competência”.

JUSTINIANO JOSÉ DA ROCHA (59):

“No Ato Adicional se entendia haver o germe da anarquia e da ruína da unidade brasileira. ... se iam mostrando duas tendências fatais: uma para criar antagonismos de interesses territoriais e fiscais entre as Províncias, outra para alterar a

(56) VISCONDE DE URUGUAY — *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Vol. II, p. 208.

(57) AURELINO LEAL — *Do ato adicional à maioria* — 1915 — p. 52.

(58) JOSÉ CARLOS RODRIGUES, citado por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. II. Forense, 1960, p. 112.

(59) JUSTINIANO JOSÉ DA ROCHA, citado por AURELINO LEAL, *op. cit.*, p. 54.

legislação, transformá-la e, acabando com a unidade dela, acabar com a unidade nacional.”

ARAÚJO CASTRO⁽⁶⁰⁾:

“O Ato Adicional não passou de uma transação de aspirações opostas, isto é — explica Paulino Jacques —, transação entre o federalismo dos exaltados e o centralismo dos restauradores.”

NABUCO DE ARAÚJO⁽⁶¹⁾:

“Quando a letra do Ato Adicional, pelos absurdos a que dava lugar, ameaçava o País por causa dos desmandos das Assembléias Provinciais, quando a letra do Ato Adicional era oposta ao seu espírito e incompatível com a existência da Monarquia, essa tendência centralizadora me parecia necessária, como um dique imposto à torrente dos desvarios das Assembléias Provinciais.”

TAVARES LIRA⁽⁶²⁾:

“Era (o sistema adotado no Ato Adicional) uma organização francamente democrática, inadequada, porém, à cultura política e às paixões desordenadas do tempo.”

A necessidade de uma lei de interpretação justificada ontem, e compreendida pelos escritores modernos, não exclui a dedução histórica no sentido de que a apresentação do projeto de lei de interpretação coincide com o ano “que marca o início do movimento conservador”: 1837.

Em 1838, já em tramitação a proposição, o Governo fixa a sua posição sobre a matéria na Fala da Regência: “sobre a inteligência da Lei de 12 de agosto de 1834, que reformou a Constituição do Império, dúvidas, e dúvidas graves, têm sido suscitadas. Eu chamo a vossa atenção para este muito importante objeto”. Em resposta diz a Comissão do Voto de Graças: “A Câmara dos Deputados está firmemente decidida a sustentar *na sua essência* a Lei Constitucional de 12 de agosto de 1834, que reformou alguns artigos da Constituição do Império, como consequência necessária do princípio de justiça, que exige se dêem às províncias todos os meios de recursos provinciais que não podem deixar de existir dentro delas; reconhecendo, todavia, que a mesma lei tem suscitado

(60) ARAÚJO CASTRO, citado por PAULINO JACQUES — *Curso de Direito Constitucional* — Forense — 5ª edição — 1967 — p. 50.

(61) NABUCO DE ARAÚJO, citado por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *op. cit.*, p. 112.

(62) TAVARES LIRA, citado por JOAO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES. — *A Democracia Coroada*. Vozes, 1964, p. 442.

dúvidas graves, e gerado conflitos perigosos à paz do Império, pelos termos vagos, obscuros e inexatos com que foram redigidas algumas das suas disposições, trabalhará por esclarecer o que há de obscuro, precisar o que existe de vago, e por fazer desaparecer, pelas regras de uma sã hermenêutica, qualquer inteligência que pareça estar em contradição com o rigor dos nossos princípios constitucionais, a fim de que um ato de vital esperança para o Brasil possa produzir os salutareos benefícios, que teve em vista a sabedoria que o ditou.”

E em 12 de maio de 1840 surge a Lei nº 105, cuja tramitação é assim, anotada por AURELINO LEAL⁽⁶³⁾:

“Na sessão de 10 de julho de 1837 a Comissão de Assembléias Provinciais da Câmara dos Deputados apresentou um longo parecer e projeto sobre a interpretação.

Anteriormente, em 1836, houve outras tentativas de interpretação, uma delas no Senado. Mas era nessa época prudente que não começasse o exame e discussão da matéria no Senado (Visconde de Uruguai).

Prevalecendo, pois, o projeto de 1837, só a 31 de julho de 1838 entrou ele em discussão, tendo sido aprovado em terceira na sessão de 17 de setembro. Apresentada a redação definitiva a 27, houve falta de número para aprová-la, ficando, por isso, adiada para o ano seguinte, tendo sido lida e agitadamente debatida em várias sessões. A votação foi nominal, passando o projeto por 56 votos contra 30 (26 de junho de 1839). Entretanto, o Senado só recebeu o projeto em 2 de julho de 1839, tendo sido nessa Câmara largamente discutido. Depois de debatido em 28 sessões, foi aprovado o art. 1º. Os demais ficaram para o ano seguinte (1840), quando, em uma só sessão (14 de abril), passaram os demais artigos para a 3ª discussão, que durou duas sessões — 6 e 7 de maio.”

LEI Nº 105, DE 12 DE MAIO DE 1840

Interpreta alguns artigos da reforma constitucional.

O Regente, em nome do Imperador o Sr. D. Pedro II, faz saber a todos os súditos que a Assembléia Geral Legislativa decretou, e ele a sancionou, a lei seguinte:

Art. 1º A palavra *municipal*; do art. 10, § 4º, do Ato Adicional, compreende ambas as anteriores *pólicia e economia*, e a ambas estas se refere a cláusula final do mesmo artigo *precedendo propostas das*

(63) AURELINO LEAL — *op. cit.*, p. 55.

Câmaras. A palavra *polícia* compreende a polícia municipal e a administrativa somente, e não a polícia judiciária.

Art. 2º A faculdade de criar e suprimir empregos municipais e provinciais concedida às Assembléias de Província pelo § 7º do art. 10 do Ato Adicional, somente diz respeito ao número dos mesmos empregos, sem alteração da sua natureza e atribuições quando forem estabelecidos por leis gerais a objetos sobre os quais não podem legislar as referidas Assembléias.

Art. 3º O § 11 do mesmo art. 10 somente compreende aqueles empregados provinciais, cujas funções são relativas a objetos sobre os quais podem legislar as Assembléias Legislativas da Província, e por maneira nenhuma aqueles que são criados por leis gerais relativas a objetos da competência do Poder Legislativo geral.

Art. 4º Na palavra magistrado, de que usa o art. 11, § 7º do Ato Adicional, não se compreendem os membros das relações e tribunais superiores.

Art. 5º Na decretação da suspensão ou permissão dos magistrados procedem as Assembléias Provinciais como Tribunal de Justiça. Somente podem, portanto, impor tais penas em virtude de queixa, por crime de responsabilidade a que elas estão impostas por leis criminais anteriores, observando a forma de processo para tais casos anteriormente estabelecida.

Art. 6º O decreto de suspensão ou demissão deverá conter:

- 1º) o relatório do fato;
- 2º) a citação da lei em que o magistrado está incurso;
- 3º) uma sucinta exposição dos fundamentos capitais da decisão tomada.

Art. 7º O art. 16 do Ato Adicional compreende implicitamente o caso em que o Presidente da Província negue a sanção a um projeto por entender que ofende a Constituição do Império.

Art. 8º As leis provinciais, que forem opostas à interpretação dada nos artigos precedentes, não se entendem revogadas pela promulgação desta lei sem que expressamente o sejam por atos do Poder Legislativo geral.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nela se contém. O Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, encarregado inteiramente dos do Império, a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palácio do Rio de Janeiro, em 12 de

maio de 1840, 19º da Independência e do Império (64). — *Pedro de Araújo Lima — Francisco Ramiro de Assis Coelho.*

Observe-se que a Lei de Interpretação, retrotranscrita, obedece em sua tramitação ao rito ordinário tendo em vista duas disposições constantes da Carta do Império: art. 15, nº 8, que inclui entre as atribuições da Assembléia a de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, e o art. 178, que reza: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

Por meio, portanto, de uma lei ordinária a Assembléia Geral faz a reforma da reforma, interpreta os principais dispositivos do Ato com espírito centralizador, em desacordo com o espírito da Lei (VICTOR NUNES LEAL).

Considere-se, contudo, que a situação econômica e política do Brasil contribui para a volta aos laços de centralização. As idéias liberais que levam ao 7 de abril e ao Ato Adicional cedem lugar, em nome da unidade do Império, ao movimento conservador ou regressista, como assinala Afonso Arinos de Melo Franco (65):

“A progressiva consolidação econômica ia correndo para estabilizar, também, a situação política. Os episódios que se sucedem são convincentes. Em 1837, os antigos liberais moderados, juntamente com os restauradores devolvidos à legalidade, formam o gabinete *regressista* de que Bernardo Vasconcellos foi a grande figura, e cuja linha política o ilustre mineiro traça no famoso discurso com que fulmina os excessos liberais. Em 1838, inaugura-se a legislatura que, na opinião de vários historiadores, assiste à arregimentação do Partido Conservador. Em 1840 dá-se a Maioridade, esperança frustrada do liberalismo exaltado, porque o menino imperante, preso a princípio à influência de próximos e familiares, vai, aos poucos, se orientando na direção moderada e conservadora. A revolução liberal de 1842, reação confessada contra a lei de interpretação do Ato Adicional, a *restauração do Conselho de Estado e a frustração de Maioridade*, é jugulada. Caxias, o vencedor dos *luzias*, em breve se tornaria no vitorioso dos *farrapos*, movimento de federalismo radical. O ambiente tornava-se, assim, favorável à ordem e à moderação. Compreende-se, pois, perfeitamente, a feitura da lei de 12 de maio de 1840, que teve por finalidade, no início desse processo de consolidação conservadora, interpretar o Ato Adicional, tornando-o compatível com a ordem e a unidade do Império”.

(64) (*Coleção das Leis do Brasil de 1840 — Tomo III. Parte I. Rio de Janeiro. Reimpresso na Tipografia Nacional, 1863.*)

(65) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *op. cit.*, p. 111.

As razões e o sistema da reforma monetária

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Professor Assistente de Direito Civil na
UFMG. Procurador do Estado de
Minas Gerais

SUMÁRIO

- 1 — **Introdução. O conteúdo da reforma**
- 2 — **O sistema de conversões:**
 - a) **conversão simples**
 - b) **conversão por tabela**
 - c) **conversão com correção "pro rata"**
 - d) **conversão pelos valores reais médios**
 - e) **conversão com atualização**
 - f) **conversão com deflação**
 - g) **conversão de tributos**
- 3 — **Conclusão**

Introdução

Os tratadistas se referem a pelo menos quatro grandes funções da moeda:

- a) via de acesso ou instrumento oficial das trocas de bens e serviços;
- b) meio legal de pagamento e liberação de devedores de dinheiro;
- c) medida de valor dos bens e serviços;
- d) reserva ou depósito legal de valor.

Em sua primeira função, instrumental, a moeda se apresenta como a via de acesso por excelência aos bens e serviços no mundo civilizado dos intercâmbios. É a chamada terceira mercadoria ou objeto mais disputado. Sua liquidez ou poder de conversão em outros valores se impõe até por imperativo da ordem pública monetária e sob sanção de natureza penal (recusar moeda de curso legal, art. 43 da Lei das Contravenções Penais).

Em sua segunda função, a moeda liberta os devedores de suas obrigações pecuniárias diretas ou por conversão, quitando-os perante seus credores.

Pela terceira função, também instrumental, a moeda exerce o papel de medidor dos valores econômicos dos bens e serviços, à

semelhança do metro como medida de comprimento, do litro como medida de volume, do grama como medida de massa ou do are como medida de superfície dos corpos.

Mas a função substancial está na sua reserva ou depósito de valor, que a transforma num símbolo representativo de um conteúdo determinado ou quantificado de bens e serviços, de acordo com o sistema ou padrão monetário.

Num regime de economia estável e sadia a moeda mantém inalterada a sua densidade ou poder aquisitivo, em relação aos bens e serviços. Numa economia em crise (provocada por múltiplos fatores — naturais, conjunturais, econômicos, sociais, políticos e até culturais), com distorções monetárias e creditícias e desequilíbrio entre a produção, a distribuição e o consumo de bens, a moeda tende a perder a sua densidade ou poder de conversão em outros valores. Surge, então, a necessidade da correção monetária ou da restauração da identidade perdida pela moeda, tal como se procedesse à complementação de um metro de 90 centímetros ou de um quilo de 900 gramas. . . É um imperativo de justiça comutativa, através do restabelecimento do equilíbrio das prestações nas obrigações pecuniárias a prazo.

As pesquisas e comparações de preços dos produtos conduzem os analistas aos índices periódicos de depreciação monetária e aos coeficientes correlatos de correção. E assim o jurista supre, com a técnica da correção monetária, a deficiência transitória dos fenômenos econômicos, até que venham as medidas adequadas. Isso veio ocorrendo no Brasil desde 1964, através de uma série de leis que introduziram gradativamente o instituto da correção.

Mas se as medidas econômicas específicas são proteladas, pode desencadear-se um círculo vicioso, onde as pressões inflacionárias conduzem a correções cada vez mais freqüentes e acentuadas, que passam a atuar como realimentador inflacionário. Pode levar uma economia ao caos e ameaçar a estabilidade política. Isso ocorreu no Brasil em 1954, quando o salário mínimo dobrou de 1.100 para 2.200 em maio e o Presidente não resistiu à crise, sucumbindo em agosto. Ocorreu de novo em 1964, depois de grande e ilusória elevação salarial. Só os governos militares resistiram aos novos impactos da inflação-correção monetária-inflação.

O atual governo civil teve a visão política do problema e dos riscos que ameaçavam a sua própria estabilidade. Por isso baixou os Decretos-Leis nºs 2.283, de 28-2-86, e 2.284, de 10-3-86, os quais contêm as seguintes providências básicas:

O conteúdo da reforma

a) mudou o sistema monetário nacional, extinguindo o cruzeiro e instituindo o cruzado;

b) estabeleceu regras de câmbio ou conversão das obrigações pendentes em cruzeiro, moeda deteriorada ou de valor flexível em relação aos bens e serviços, em obrigações em cruzado, novo padrão fixo e estável de aferição, custódia e troca de valores econômicos e liberação de dívidas;

c) extinguiu a correção monetária, remédio de que não carece o novo padrão monetário, criado que foi para atuar em clima de estabilidade de preços. Em seu art. 7º, o DL 2.284 proibiu a estipulação de correção monetária nos contratos de prazo inferior a um ano. Nos contratos de prazo igual ou superior a esse limite, só admitiu a correção vinculada à variação da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN. Toda a legislação sobre correção monetária foi revogada, não só em virtude do disposto na parte final do art. 44 (“demais disposições em contrário”) como também por ser incompatível com o espírito e a filosofia do novo texto;

d) congelou os preços dos bens e serviços, com o efeito de tabelamento, sob sanção de multas e da prática de crime contra a economia popular, a fim de garantir a eliminação da moléstia inflacionária da economia;

e) não obstante a meta maior da inflação zero e até como método de controle do tratamento e sua eficácia, o decreto-lei determinou a aferição, através do Índice de Preços ao Consumidor, das oscilações do nível geral de preços em cruzados (art. 5º). Essa detecção do remanescente inflacionário serve também para o efeito do reajuste automático de salários, vencimentos e proventos (art. 21), reajuste do valor da OTN (parágrafo único do art. 6º) e, conseqüentemente, das obrigações a ela vinculadas (art. 7º). Logo, não se eliminou de tudo a correção monetária, que restou consagrada de forma restrita, como regra de equilíbrio e de justiça nas obrigações monetárias a prazo ou de trato sucessivo;

f) extinto o mal inflação pelo congelamento dos preços e dispensado o remédio correção pelo novo padrão monetário fixo, todas as obrigações de pagamento em moeda e a termo haveriam de sofrer os impactos dessa mudança, a partir de 1º de março de 1986. Como protótipo de obrigação criada para conviver com a inflação, a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional foi extinta e substituída pela Obrigação do Tesouro Nacional — OTN, com o valor fixo de Cz\$ 106,40 a partir de março de 1986 até 28-2-87, quando será reajustado ou não, para mais ou para menos, conforme se comportar a economia nesses 12 meses, segundo aferição pelo IPC (art. 6º e §).

Como a variação do valor nominal da ORTN passara a servir de parâmetro legal e contratual de correção em extensas áreas da economia, inclusive na locação de imóveis (Leis 6.205/75, 6.423/77

e 6.649/79) e nos débitos oriundos de decisão judicial (Lei 6.899/81 e Dec. 86.649/81), a consequência imediata é a estabilização de todas essas obrigações ao nível da ORTN de fevereiro de 1986 (Cr\$ 93.039), levadas em conta ainda certas particularidades do reajuste das obrigações em trânsito na mudança do regime de correção para o de estabilidade: reajuste proporcional ou **pro rata** nas obrigações em geral com cláusula de correção (art. 9º) e conversões pelos valores reais médios de aluguéis residenciais, prestações do Sistema Financeiro de Habitação e mensalidades escolares (art. 10), salários, vencimentos e proventos (arts. 18 e 19).

O sistema das conversões

CONVERSÃO SIMPLES. É a que decorre dos seguintes textos do Decreto-Lei 2.284: § 1º do art. 1º, segundo o qual “o cruzeiro corresponde a um milésimo do cruzado”. Esse, o primeiro traço diferencial entre as duas moedas. O cruzeiro se desvalorizou muito diante dos bens e serviços, que exigiam cada vez mais cruzeiros em sua troca ou confronto com aqueles. Isso tornava até incômodas as transações, inclusive nos atos de grafar, escriturar, calcular valores monetários e até de contar, guardar e transportar dinheiro. A nova moeda é mil vezes mais forte em seu poder aquisitivo. Passou por uma retífica ou restauração de valor desgastado pelos atritos da economia. Portanto, essa conversão resulta de uma simples convenção monetária nova, de um novo padrão, de um câmbio de moeda antiga por nova, obedecendo-se ao parâmetro de 1.000 x 1.

O § 1º do art. 2º é uma decorrência desse parâmetro: enquanto conviverem ou circularem concomitantemente, as duas moedas guardarão essa proporção.

Já os arts. 3º e 4º, **caput**, cogitam do termo inicial da implantação do novo sistema: 28 de fevereiro de 1986, a partir de quando seriam não só grafados em cruzados os novos valores ou expressões monetárias como também convertidas para a nova moeda todas as obrigações vencidas, ao câmbio de 1.000 por 1.

CONVERSÃO POR TABELA OU COM REDUÇÃO DE 15% AO MÊS (Obrigações vincendas com correção embutida por efeito da inflação).

Dessa modalidade cogitam o art. 8º e seu § 1º, os quais disciplinam a conversão de obrigações **constituídas antes e vincendas após 28-2-86**, com ou sem cláusula de correção prefixada. Quer as partes hajam incluído expressamente a correção no montante do débito, quer não, presume-se essa inclusão em virtude da realidade inflacionária. A referência à correção **prefixada** ou pré-incluída, como nas letras de câmbio, distingue esta hipótese da prevista no art. 9º (correção **pro**

rata), em que, após o rateio ou cálculo da proporção, faz-se a conversão simples de 1.000 por 1.

A conversão do art. 8º e seu § 1º implica em redução de 15% ao mês nas prestações vincendas a partir de 3-3-86, conforme tabela de fatores de conversão.

CONVERSÃO COM CORREÇÃO PROPORCIONAL OU PRO RATA ATÉ 28-2-86 (Obrigações vincendas em geral, com cláusula de correção periódica) (art. 9º e parágrafo único do art. 4º).

Trata-se no art. 9º da conversão de obrigações pecuniárias com os seguintes caracteres: **a)** anteriores a 28-2-86; **b)** vencíveis após 28-2-86; **c)** com cláusula de correção periódica.

O efeito do dispositivo é a aplicação da correção proporcional incidente em 28-2-86, nas bases pactuadas, congelando-se por um ano. Exemplo típico é o aluguel não residencial e o comercial. Essa é a regra geral das conversões de obrigações vincendas com cláusula de correção periódica. O art. 10 abre três exceções à regra, para aluguéis residenciais, prestações do SFH e mensalidades escolares, assim como os arts. 18 e 19 excepcionam para salários, vencimentos e proventos, com o critério da conversão pela média.

O parágrafo único do art. 4º estabelece o mesmo sistema do art. 9º, para a conversão de saldos da poupança, Fundo de Garantia e Fundo de Participação. O exemplo da poupança esclarece: quem tivesse, em 28-2-86, uma caderneta aberta em 13-2-86 só teria direito à correção proporcional a 15 dias de fevereiro, nos termos da legislação específica, a qual, segundo a referência expressa do parágrafo único do art. 4º, só vigorou até 27-2-86.

CONVERSÃO PELOS VALORES REAIS MÉDIOS (arts. 10, 18 e 19).

Mais complexa e dependente de pesquisa prévia do seu valor real médio é a obrigação de cuja conversão aqui se trata.

Nesse âmbito se acham os aluguéis residenciais, as prestações do SFH e as mensalidades escolares (art. 10 e Anexo I).

Também pela média (dos últimos 6 meses) é a conversão dos salários e remunerações em geral, inclusive dos servidores públicos, nos termos do art. 19 e Anexo II.

CONVERSÃO COM ATUALIZAÇÃO (art. 33).

O art. 33 disciplina a conversão de obrigações litigiosas ou resultantes de títulos judiciais, concordata, falência e liquidação extrajudicial, anteriores a 28-2-86.

O texto manda atualizar esses créditos até 28-2-86, nos termos da legislação específica, aplicável somente até essa data.

Caso típico é o das obrigações litigiosas, de que tratam a Lei nº 6.899/81 e seu regulamento, Decreto nº 86.649/81. Requisito da obrigação litigiosa é o ajuizamento. A essas obrigações foi imposta, pela lei específica, a correção pelos índices da ORTN, a contar do respectivo vencimento (dívidas líquidas e certas) ou a contar do ajuizamento (demais casos) e até o mês do pagamento (art. 1º e § do Decreto nº 86.649). Diante do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.284, podemos concluir que as obrigações referidas em sua primeira parte (litigiosas) têm os seguintes requisitos: **a)** obrigações ajuizadas antes de 28-2-86; **b)** não pagamento até 28-2-86. O efeito imposto pelo art. 33 é a sua conversão mediante atualização pela ORTN somente até 28-2-86, ou seja, levando-se em conta o valor da ORTN de fevereiro de 1986 (Cr\$ 93.039,40), desde que o texto manda fazer a conversão em 28-2-86 (“naquela data”). Logo, as obrigações litigiosas só estarão sujeitas, a partir de 1º-3-86, aos juros legais ou convencionais da mora, multas e outros acréscimos legais. Nesse regime se incluem os requisitórios já expedidos ou por expedir contra a Fazenda Pública, cujo último coeficiente de ORTN aplicável para atualização do débito é o de fevereiro de 1986, qualquer que seja a demora no pagamento, posterior a 28-2-86.

CONVERSÃO COM DEFLAÇÃO (Orçamentos públicos, art. 34).

Os orçamentos foram elaborados com previsão de receita e de gastos inflacionados ou corrigidos numa projeção anual. Mas isso só ocorreu nos dois primeiros meses. Logo, haverá uma defasagem orçamentária em relação à nova realidade de preços, salários, tributos e moeda estáveis.

CONVERSÃO DE TRIBUTOS (art. 41).

O art. 41, **caput**, trata da conversão de tributos e contribuições em geral, cujo fato gerador haja ocorrido até 28-2-86. Manda que a conversão se faça de forma pura e simples ou sem qualquer redução. Merece ser discutido aqui o problema do IPTU relativo ao exercício de 1986, nos casos em que as Prefeituras já haviam expedido as guias ou carnês em cruzeiros, para pagamento parcelado. Antes de tudo, o IPTU tem como fato gerador a **propriedade** imobiliária (art. 32 do CTN) no exercício de competência do tributo (1986). Por isso mesmo, se ocorrer alteração na titularidade do domínio do imóvel, no decorrer do exercício, o alienante e o adquirente suportam **pro rata** essa obrigação chamada real ou “*propter rem*”. Também o locatário somente sofre o impacto desse ônus em virtude de cláusula contratual de transferência, **pro rata**. Isso demonstra que o seu fato gerador não é anterior a 28-2-86, salvo quanto aos dois meses iniciais do exercício.

Essa interpretação se harmoniza não só com o sistema da reforma como especialmente com o art. 34, que determina a conversão, com

deflação dos orçamentos públicos expressos em cruzeiros, a fim de descontar dos mesmos a inflação embutida e prevista, tanto na despesa como nos "remanescentes de receitas". O IPTU em cruzeiros referente ao período posterior a 28-2-86 contém correção embutida, decorrente de uma inflação prevista mas bloqueada nessa data. O corte dessa receita inflacionária será compensado com o congelamento de gastos, inclusive com servidores. Por isso há direito à conversão pela tabela. Nem poderia o art. 41 ter um significado incompatível com o sistema do decreto-lei. Seria inconstitucional, por ferir o princípio da isonomia.

Conclusão

A justiça ou o equilíbrio nas relações econômicas de troca está na permanente proporção entre o valor da moeda e o valor dos bens e serviços. Isso se consegue através de uma proporção exata entre os bens e serviços existentes e o volume de moeda disponível para os intercâmbios. O crédito, por ser moeda no futuro, produz os mesmos efeitos desta. Por isso a expansão monetária e creditícia acima dos níveis de bens e serviços existentes provoca inflação. Os gastos exagerados do Estado, desproporcionais à sua receita, conduzem-no a emitir moeda em excesso. Os gastos dos cidadãos e das pessoas jurídicas em geral, acima de suas possibilidades, levam-nos a contrair dívidas ou recorrer ao crédito, modalidade de emissão privada. Isso de forma desordenada e improdutiva gera inflação, assim como de forma controlada e racional pode resultar em progresso e prosperidade. Por isso o verdadeiro equilíbrio econômico decorre da diminuição de gastos improdutivos ou do incentivo à produção de bens e serviços, como sói ocorrer no orçamento de qualquer família.

Diante de uma instabilidade transitória da economia, pode-se recorrer, para restaurar o equilíbrio ou a justiça nas obrigações ou nas relações bens e serviços versus moeda instável, ao expediente da correção monetária, como se recorre a um analgésico até que se atue sobre a verdadeira causa da dor (evitar álcool, gorduras etc.). Mas a correção monetária contínua, sem combate à inflação (neutralizar ou compensar sem erradicar), vicia ou intoxica o organismo econômico, provocando efeitos colaterais tão graves como a persistência álcool-analgésico.

Além de transitória ou eventual, a correção monetária não pode se generalizar como norma de conduta diante da inflação. Na expressão feliz de um jurista e estudioso do problema, "na medida em que se corrigissem todos os créditos ao mesmo tempo e na mesma proporção, embora se alterassem os seus valores nominais, a relação entre esses créditos se manteria inalterada, e estar-se-ia, apenas, substituindo uma relação fixa entre vários pontos estáticos pela relação da mesma forma fixa entre vários pontos móveis" (LETÁCIO JANSEN).

Em vez de corrigir o valor da moeda (desvalorizando-a mensalmente, em relação ao seu valor nominal), para que esta se compatibilize com os valores dos bens e serviços e não haja prejuízo para as partes nas relações econômicas, como vinham fazendo as autoridades monetárias até 28-2-86, as novas medidas decretadas procederam de forma inversa: estabilizaram os valores dos bens e serviços, para que não fosse necessário corrigir o valor nominal da nova moeda.

Antes de 28-2-86 vigorava o realismo monetário: o valor da moeda era flexível ou corrigível, para acompanhar o curso livre dos valores dos bens e serviços. Agora o que implantaram ou restauraram foi o nominalismo monetário (a moeda vale sempre o que nela está gravado), com a extinção da correção monetária, desnecessária diante da estabilização dos preços.

Assim como a correção monetária deve ser transitória e não generalizada como medida antiinflacionária, também a estabilização dos valores dos produtos e serviços não pode ser imposta por lei em caráter permanente e exclusivo. As leis e os valores econômicos não dependem só da vontade dos homens, embora estes possam atuar sobre aqueles, criando bens e serviços ou fontes de receita e racionalizando os gastos. Só assim se chega ao equilíbrio e até ao superavit econômico e se combate a inflação em suas verdadeiras causas.

Diante dessas considerações, percebe-se a natureza da reforma. Teve o caráter predominante de mudança, defesa e proteção do sistema monetário nacional em crise. A moeda é hoje o grande bem da Federação e o símbolo por excelência da nacionalidade. O cruzado vai refletir a economia do povo brasileiro, como o dólar reflete a economia de uma grande nação. A moeda é o novo símbolo nacional dos povos.

Dado o seu caráter cambial ou de troca e adaptação de moeda, com base em cálculos aritméticos de parâmetro, valor médio, proporção e outras técnicas de equivalência ou correspondência, em princípio a reforma não causa danos às pessoas físicas e jurídicas. Os prejuízos e os lucros cessantes e emergentes, para muitos, decorrem dos vícios da estrutura que se procura corrigir, em defesa da própria estabilidade das instituições. Por isso a reforma, no exercício da competência legislativa exclusiva da União (sistema monetária, art. 8º, XVII, I, da CF), não interfere com os direitos e garantias individuais nem com a autonomia dos Estados e Municípios, que a ela deverão se adaptar.

Dúvida pairou sobre a sua constitucionalidade formal, pela via de decreto-lei, quando é certo que a reforma do sistema monetário não pode ser objeto de delegação legislativa (CF, 52, III). Entretanto, o sistema monetário nacional já se achava tão corrompido e carente de retífica que colocava em risco as finanças públicas e a própria segurança nacional, justificadores do decreto-lei na espécie (art. 55, I e II, da CF).

La potestad de regulación de la moneda y del crédito en un Estado federal

JESUS L. ABAD HERNANDO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.
República Argentina

Nuestro JUAN BAUTISTA ALBERDI, en la parte final de sus *Bases* — al referirse a la política conveniente para después de dada la Ley Suprema — nos ha dejado dicho:

“La Constitución general es la carta de navegación de la Federación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Federación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza...”.

Ante todo, quiero señalar el sentido y alcance del enfoque temático. Cuando se dice Nación y Provincia, ello supone la relación jurídico-pública del Estado Federal con todos y cada uno de los Estados Provinciales que conservan su plena autonomía política. Y ello nos lleva a la relación del ejercicio de las potestades delegadas en el Gobierno Federal y conservadas por cada uno de los Gobiernos Provinciales. De lo cual surge que

no deba perderse de vista, al estudiar una institución del Estado Federal a la que se hayan acordado ciertas facultades, el quantum y modo de ejercicio necesario de las atribuciones que conservan las propias Provincias.

El tema plantea así su primera cuestión: ¿cuál y cómo debe ser la relación jurídico-pública con el Gobierno local, de los bancos privados, incluso sus sucursales y agencias, situados espacialmente en el ámbito jurisdiccional de las Provincias?

¿Las facultades que pueda ejercer el Banco Central de la República Argentina impiden el ejercicio de las potestades locales conservadas?

Esta primera cuestión que tiene dos interrogantes debe completarse con otra segunda de gran trascendencia: ¿Hasta qué punto debe llegar el control e incluso la potestad reguladora del B.C.R.A. con respecto a los Bancos de Estado provinciales sin menoscabo del pleno ejercicio de las potestades conservadas por los Gobiernos particulares locales? ¿No es posible hallar un punto de equilibrio, atento a los valores y fines en juego que deben y merecen ser respetados en cada esfera? He aquí otras dos inquietantes preguntas.

Parece conveniente a esta altura formular una breve conceptualización. El Derecho, en que creo, parte del fundamento ineludible e insoslayable de la Constitución Nacional, la cual, desde su magnífico Preámbulo, reconoce y garantiza los Derechos del Hombre, anteriores a todo ordenamiento jurídico político, y, a ese alto objeto, establece, ordena y organiza el Poder, distribuido en órganos divididos que se controlan mutuamente en persecución necesaria del Bien Común, fin último, a su vez, del Estado.

El hombre, a quien se aseguran los beneficios de la Libertad, debe actuar bajo su amparo y en pleno ejercicio, con responsabilidad y con un deber solidario hacia todos y cada uno de los demás hombres.

La no feliz expresión "poder de policía", aunque ya acuñada así por la doctrina, es, rigurosamente, el "poder de legislación". Es la potestad expresada en la primera parte del art. 14 de la Constitución de la Nación: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; ...". Derechos que no se agotan en los individuales enunciados allí no taxativamente, sino que comprenden asimismo a los sociales del precepto siguiente (art. 14 nuevo, llamado también bis). La amplitud de su número y garantía tienen en el art. 33 de la C.N. con respecto a "otros derechos y garantías no enumerados" su máxima tutela constitucional.

Esta potestad es legislativa tanto formal como materialmente. No la puede ejercer sino el cuerpo directamente representativo de la Soberanía

Popular – Congreso Nacional o Legislatura Provincial, aún Concejo Deliberante comunal – y por medio de un instrumento general y abstracto y, por ende, objetivo.

No debe confundirse esta potestad denominada “edicendi”, es decir normativa, con la “agendi”, referida ya a la ejecución de la norma, labor administrativa por excelencia que supone actividad reglada a priori y previsible del comportamiento posible.

De tal manera que, cuando se habla de “policía financiera”, debe estar establecido y ejercido un poder normativo previo, indelegable en cuanto ejercicio primigenio que le corresponde al Legislador formal y que admite su completamiento por parte del ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 86, inc. 2º, de la C.N.).

Tal fin público de “policía financiera” puede institucionalizarse, por tanto, en una entidad pública como lo es el B.C.R.A., pero una vez fijada la normatividad y previsto su comportamiento reglado. Es decir que debe estar su “actuación” administrativo-funcional enmarcada en aquella normatividad que debe ser previsor, que debe prever lo que sea previsible, trasuntando la política superior del Estado en la materia.

De tal modo, la “política financiera”, en cuanto dirección de un sistema de moneda y de crédito, es posible con los límites que fijan la Constitución, la Ley y, en su caso y consecuencia, el Reglamento al efecto del Poder Ejecutivo.

Para concluir esta especie de “proemio” a la problemática planteada, a manera de principio básico, me cabe recordar con el ilustre iusfilósofo italiano **GIORGIO DEL VECCHIO**: “La Moral y el Derecho dominan toda la vida humana, salvaguardando sus valores esenciales; en consecuencia, el derecho domina a la economía, porque ésta es una parte de la actividad interindividual, y, por tanto, un sector del área regulada por el derecho”, y **FELICE BATTAGLIA** ha considerado que “el derecho tiene la virtud cohesiva de compenetrar a los hombres que pueden quedar como disociados en el terreno de la economía”. Afirmo, pues, que el Derecho es necesariamente regente y maestro de la vida social.

II. El análisis de las normas constitucionales nacionales se impone. Aquella potestad que significa el “poder de legislación” que regula los derechos fundamentales del hombre en aras del bienestar general, que exige la vida en sociedad, es prenda exigida, en definitiva, por la comunidad política pueblo.

Como todo poder, tiene limitaciones. Es, en sí mismo, un límite pero doblemente limitado: objetivamente, por el principio de inalterabilidad de

los derechos (art. 28 de la C.N.) en que también el de razonabilidad; subjetivamente, por la garantía personalísima que ampara el art. 19 de la C.N.:

“Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Sin perjuicio de ello, en un Estado Federal que admite dos centros del Poder, Estado general y Estados particulares, corresponde un análisis de las facultades delegadas, que quedan referidas al Gobierno Federal y facultades conservadas (arts. 1, 5, 67, 5 e incs. cc.; 104 a 108 de la C.N.). Además, por el caso del Banco de la Provincia de Buenos Aires (arts. 31 y 104 de la C.N.), las facultades expresamente reservadas.

El art. 67, inc. 5, señala que le corresponde al Congreso de la Nación, entre sus atribuciones, la de “establecer y reglamentar un Banco nacional en la Capital y sus sucursales en las Provincias, con facultad de emitir billetes”. Sobre este último aspecto no voy a referirme.

Existe, a no dudarlo, un fundamento de optimización para el desenvolvimiento como sistema de la materia “moneda y crédito”, que, además, atiende como unidad conceptual al desarrollo del País considerado en su conjunto: por ello debe ser sustantivamente “federal” en la Constitución Nacional todo lo que se refiera a lo “interprovincial”, en principio, y a la gestión total del Estado Argentino, con respecto a los demás de la Comunidad internacional.

Siendo ello así, parece razonable, y está en los altos intereses de la Patria, la fundación y desarrollo de una Banca Central. A ese objeto respondió su oportuna institucionalización que hoy recordamos, tras 50 años, y la vigencia actual de la Ley 20.539, publicada el 10 de Octubre de 1973, con los ajustes introducidos posteriormente. La ley citada en su art. 1º establece que: “El Banco Central de la República Argentina es una entidad autárquica de la Nación, regida por las disposiciones de la presente ley y las demás normas legales concordantes. Sus relaciones con el Poder Ejecutivo se mantendrán por intermedio del Ministerio de Economía. La Nación garantiza las obligaciones del Banco”. El objeto está señalado en el art. 3º, que, en síntesis, le acuerda facultades de “regulación del crédito y de los medios de pago”; “ejecución de la política cambiaria”; “vigilancia de la liquidez y del buen funcionamiento del mercado financiero y aplicación de la ley de entidades financieras”; “desarrollo y fortalecimiento del mercado de capitales”; “agente financiero del

Estado, asesor económico, financiero, monetario y cambiario del Poder Ejecutivo"; "depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido".

En resumen, "organismo regulador y de control" en la materia.

Puede decirse que esta ley y la de entidades financieras son, en rigor, el marco operativo de desenvolvimiento institucional, sin perjuicio de otras normas de complemento.

Cabe ahora poner en evidencia que la misma Constitución, en esta su Segunda Parte dedicada a las "Autoridades de la Nación", comprende tanto a las facultades delegadas, o sea las que corresponden al "Gobierno Federal (Título Primero) como a las conservadas, incluso las reservadas, que corresponden a los "Gobiernos de Provincia" (Título Segundo).

La cláusula de garantía del art. 5º de la C.N. tutela el derecho primario y fundacional del Poder en las Provincias (arts. 104 a 107, y la definición negativa del 108 de la C.N.). Si bien existe cierto paralelismo entre el art. 67, inc. 16 y el 107, en lo relativo a los denominados "poderes de la prosperidad", surge que la concurrencia de potestades entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de Provincia tiene una excepción en favor de la exclusividad del Gobierno Federal con respecto a la normatividad en materia universitaria; pero, a su vez, juega en favor de la exclusividad a cargo de las Provincias, con respecto a lo que ellas procuran "con sus recursos propios" (parte in fine del art. 107 de la C.N.).

Aquí juega la potestad de soberanía conservada por la Provincia.

Tampoco debe olvidarse que la circunstancia de que se haya delegado la potestad "edicendi", o sea la de establecer la normatividad, ello conlleva siempre, sin más, la potestad "agendi" de ejecución. El criterio del constituyente argentino ha sido más bien restrictivo a ese respecto. Recuérdese el criterio señalado con relación a la legislación de fondo (art. 67, inc. 11, y 100 de la C.N.). La ejecución, "según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones" es un criterio general que no sólo es aplicable, como en el caso estricto citado, a Legislación y Jurisdicción judicial, sino que debe ser tenido en consideración con respecto a Legislación y Administración derivada. El caso de la adopción de "un sistema uniforme de pesas y medidas para toda la Nación" (segunda parte del inc. 10 del art. 67 de la C.N.), por Ley de la Nación, cuya ejecución fue derivada a los Gobiernos de Provincia o locales, en la penúltima década del siglo pasado, es un claro y magnífico ejemplo del criterio antes indicado.

III. Un somero análisis de normas constitucionales provinciales surge como imprescindible. Se trata sólo de un "muestreo" por así decirlo.

Sobre bancos en general tienen normas expresas en sus Constituciones, — y siempre como facultad propia del Poder Legislativo local — ENTRE RIOS (art. 81, inc. 25); SANTA FE (art. 55, inc. 13); CATAMARCA (art. 108, inc. 5); NEUQUEN (art. 101, inc. 11); CHACO (art. 115, inc. 6); LA PAMPA (art. 61, inc. 19).

Involucran la función como gestión de Promoción y Fomento — siempre a nivel de sus Constituciones — SANTA FE (art. 25); CHACO (art. 35 y art. 50, éste último destaca lo referido a “economía pública”).

Por su parte se establece la facultad del legislador local con respecto a la regulación del crédito público, a nivel constitucional, MENDOZA (art. 99, inc. 13); CATAMARCA (art. 108, inc. 6); CÓRDOBA (art. 83, inc. 27, recalcando el concepto de administración del mismo).

Todas las Constituciones receptan la fórmula residual con respecto la facultad del legislador como potestad de gobierno provincial, cuyo valor es notable y trascendente, atento al contenido visto de las facultades conservadas y su sentido y alcance. V. gr. ENTRE RIOS (art. 81, inc. 21); BUENOS AIRES (art. 90, inc. 13); SANTA FE (art. 55, inc. 27); MENDOZA (art. 99, inc. 22); CÓRDOBA (art. 83, incs. 19 y 32, en que se hace hincapié en “todo asunto de interés general que no corresponda privativamente al Gobierno de la Nación”); CHACO (art. 115, inc. 1). Estas fórmulas estarían rigurosamente implícitas e innominadas aunque no estuviesen necesariamente escritas.

Por otra parte, todas las Constituciones locales prohíben la delegación de las facultades constitucionales y legales (CÓRDOBA, arts. 27 y 37 de su Constitución).

La Provincia de Mendoza, por su Constitución, no sólo tiene una rica y expresiva fórmula residual (el recordado art. 99, inc. 22, como facultad del legislador: “Dictar todas las leyes y reglamentos necesarios para poner en ejercicio los poderes y autoridades que establece esta Constitución, así como los conducentes al mejor desempeño de las anteriores atribuciones y para todo otro asunto de interés público o general de la Provincia que por su naturaleza y objeto no corresponda privativamente a los otros poderes provinciales o a los nacionales”), muy similar a la de Santa Fe (art. 55, inc. 27, citado), sino que contiene una norma sobre el Banco de Estado propio, el art. 218. Parte del supuesto de que subsista como Banco de Estado y en tal carácter le acuerda bases fundamentales que le aseguran: su *status* jurídico funcional; la garantía de la Provincia sobre sus operaciones y como acreedor y deudor; su situación de Banco local; su dirección y administración por un directorio idóneo y que se hace personalmente responsable; el Banco puede realizar todas las operaciones que por su naturaleza pertenezcan al giro ordinario de los esta-

blecimientos bancarios y que no estén prohibidas por leyes generales de la Nación o de la Provincia. O sea, por norma, como lo había señalado con anterioridad en esta exposición.

Esta misma Constitución provincial de Mendoza prevé la autorización necesaria por parte de la Provincia para con los Bancos o sucursales situados especialmente en su territorio (art. 99, inc. 19), como facultad del legislador, a través de una ley, que debe entenderse como "poder de legislación" local.

En síntesis, el Derecho Público Provincial tiene y debe tener potestades innegables con respecto a su Banco de Estado, que luego hemos de considerar, e igualmente sobre el desenvolvimiento, como establecimientos situados en jurisdicción provincial, de los Bancos privados, en especial con relación a aspectos insoslayables de carácter administrativo local y de complementación funcional, que también merecen estudio.

IV. El ejercicio de facultades a cargo del Gobierno Federal puede serlo a título de exclusividad o de concurrencia con el Gobierno local, como ha quedado mostrado. Por ejemplo, con respecto a la de emitir billetes, que aquí no tratamos por la razón antes dada, tal facultad es exclusiva, salvo el supuesto de autorización a un Banco local por el Congreso Federal (arts. 108 y 67, inc. 5, de la C.N.). Existe un criterio que debe surgir de la naturaleza misma de las cosas que impone un sistema necesario para todo el ámbito nacional. Este fin público es el que se ha querido institucionalizarse, a través de una Banca Central, a cuyo cargo está la gestión de derivación normativa (regulación de 2º grado) y de supervisión o de control. Esta entidad autárquica, de tal gestión reguladora y de control, es precisamente el B.C.R.A. Ello así porque es una función que exige descentralización funcional, inmediatez de actuación y eficacia de resolución.

No es una entidad para ejercer potestades delegadas ya por el constituyente en el legislador formal o en la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo del Gobierno Federal, cuya zona de reserva es intangible, sino para el ejercicio de potestades acordadas en función del fin público institucionalizado. Lo cual exige excelente marco normativo tanto organizativo-funcional propio como de precisión de las facultades a ejercer: su sentido, alcance y límites. Todo sin posibilidad de sustituir ni al Poder Legislativo ni al Poder Ejecutivo en caso alguno.

Esta competencia funcional ha sido analizada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, en Resolución del 20 de Agosto ppdo.; allí se sostuvo: "El B.C.R.A. tiene competencia administrativa (y paraadministrativa, agregó) para dictar normas reglamentarias para la ejecución y aún la integración de las leyes: pero en manera alguna posee delegación

de facultades legislativas para imponer restricciones a la propiedad, cuyo "uso y disposición" la Constitución asegura a todos los habitantes "conforme a las leyes que reglamenten a su ejercicio" (art. 14 de la C.N.).

De aquí surge que su ley orgánica y que su ley operativa (la ley de entidades financieras) deban constituirse en normatividades previsoras de todo lo que sea previsible y con un marco preciso de las potestades que se hayan acordado. Repito, la derivación normativa de 2º grado conferida no puede ser confundida ni tenida como sustitutiva de las del P.L. o del P.E.

Tampoco pueden serlo en desmedro de las potestades conservadas por las Provincias que tienen pleno derecho a la incolumidad de sus instituciones y de jurisdicción espacial sobre los establecimientos sitos en su territorio. Garantía ésta que surge también del propio art. 1 y del art. 33 de la C.N.

V. Corresponde, tras los conceptos expresados, se pase revista a la problemática conceptual y de funcionamiento de los Bancos de Estado provinciales.

Aparte de la situación del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que aparece como exceptuado del sistema, como consecuencia del Pacto de San José de Flores del 11 de Noviembre de 1859, al tiempo de la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Federación patria, y que se ha ajustado a veces al mismo, más como autolimitación que como sumisión, la cuestión es compleja y desigual en cuanto se repara en los Bancos de Estado de las Provincias.

La actual ley de entidades financieras (Decreto-Ley 21.526/77 t.o.) hace una mera remisión al respecto en su art. 9: "... se constituirán en la forma que establezcan sus cartas orgánicas". Nada se expresa en esta ley — que requiere urgentes cambios de distinto sentido — sobre las funciones naturales y diferenciadas que conceptualizam singularmente y distinguen a los Bancos de Estado de las Provincias Argentinas de las demás entidades financieras a que se refiere la ley.

Son estos Bancos de Estado de Provincia agentes financieros de la misma; asumen el papel fundamental de promoción y fomento incluso vinculado regionalmente a lo económico; tienen funciones de asesoramiento. No pueden tener la clásica competitividad con los bancos privados ubicados en el territorio de la provincia ni con sus sucursales. Existe concurrencia armónica imposible de colisión porque tienen distinta dirección funcional. **SUS SERVICIOS SE EXTIENDEN A TODO EL TERRITORIO PROVINCIAL HASTA DONDE NO LLEGA EL BANCO PRIVADO.**

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-político existe también una razón fundamental: el Derecho Público Subjetivo de la Provincia, en virtud de facultad conservada, de contar con un Banco de Estado propio, a esos fines, precisamente.

La problemática que se presenta es vasta. En primer lugar, falta en aquellas leyes, tanto en la Orgánica del B.C.R.A. como en la de Entidades Financieras, una clara distinción de fines y objetivos con respecto a los Bancos de Estado provinciales que les garanticen un tratamiento adecuado. Se ha llegado a colocarlos masivamente en el grupo, incluso para la autorización de sucursales y de agencias. Hasta se ha pretendido uniformar el horario de funcionamiento, lo que es un avance que va contra la misma naturaleza de las cosas que antes se ha invocado en defensa del propio sistema y su unidad. Pero ello no debe alcanzar a esta otra uniformidad: el territorio argentino de tipo continental y con variedad climática de máxima entre el Norte y el Sur no lo admite.

No debe perderse de vista el punto básico de partida: la Provincia conserva la potestad organizativo-funcional de la entidad creada con sus recursos propios (art. 107, *in fine*, de la C.N.) y sólo se ha establecido la restricción de la emisión de moneda (art. 108 de la C.N.). La ley de entidades financieras — no obstante la norma didáctico-declarativa del art. 9, que nada agrega ni dice, en rigor — no puede tratar igualmente a los desiguales: o sea los Bancos de Estado provinciales, que lo son por origen y por misión, porque ello deriva, como lo ha sostenido la doctrina autoral y de nuestro más alto Tribunal, en “desigualdad” (art. 16 de la C.N.).

Debe revisarse lo relativo a la apertura de filiales; no les debe alcanzar la facultad de revocatoria y debe respetarse la auditoría propia oficial. En la mayoría de las Provincias Argentinas, tal el caso de CÓRDOBA (art. nuevo después del 175 de la Constitución de Córdoba, según la *reforma de 1923*), tal control es exclusivo del II. Tribunal de Cuentas, que funciona como único órgano de control técnico y como “eje del Legislador”, verdadero último control del Estado Constitucional de Derecho (art. 83, inc. 15, de la misma Constitución de Córdoba).

Este intento de desconocimiento del plano que le corresponde al Derecho Público Provincial es inadmisibile.

Se ha intentado que ese control de auditoría externa sea realizado por personas ajenas, pretendiendo establecer una especie de técnica más próxima a la tecnografía que al verdadero control, que es, además de indelegable, jurídico-político y su fuente sólo es posible en la directa e inmediata representación popular y a ella referida.

La Ley de entidades financieras (Decreto-Ley 21.526, t.o. 22.051) prevé que la fiscalización le corresponde al B.C.R.A. (arts. 4, 5 y 6). Tal control, en su plano, puede resultar admisible, como se verá, siempre que no sea óbice ni desmedro del control que tiene establecido constitucionalmente la propia Provincia; pero, sobre todo, no puede ser delegado por el B.C.R.A., en su caso y cuando corresponda, a ningún otro agente ni profesional ajeno a su estructura organizativo-funcional. El B.C.R.A. no puede delegar las facultades acordadas: su comportamiento se agota en sí mismo en el cumplimiento hermético de la normatividad que le ha dado origen y marco institucional, para el cumplimiento del fin público que se le ha señalado.

La finalidad de la ley es su única causa jurídica, como ente jurídico-administrativo de tipo autárquico.

Ese inolvidable maestro del Derecho que fuera JOAQUIN V. GONZALEZ, con sencillez académica, ha dejado dicho, en su "Manual de la Constitución Argentina", que los Bancos de las Provincias son Bancos de Estado.

Clasifica los Bancos en tres grupos: *a*) el Banco Público Nacional, que tiene también la facultad de emitir billetes (art. 67, 5, de la C.N.); es hoy el B.C.R.A.; Bancos Provinciales fundables en virtud de los poderes no delegados, o sea conservados por las Provincias (De la misma manera que el Estado Federal puede hacerlo en su ámbito con Bancos oficiales a sus distintos fines: estímulo, desarrollo agropecuario, industrial y vivienda, v. gr.); y *b*) los Bancos particulares que se rigen por leyes comerciales. Sobre todos es admisible la regulación y control, en tanto vaya dirigida, respetando la normatividad fundamental, a asegurar un sistema de moneda y de crédito con sentido de progreso general y auténticamente nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el Derecho propio de cada Provincia para fundar Banco de Estado no puede serle desconocido o restringido por el Congreso u otro órgano del Gobierno Federal. Y ello no sólo para la Provincia de Buenos Aires por su reserva. Debe confrontarse aquí: FALLOS 186: 174 y el destacado 147: 239. Y también FALLOS 170: 12; 176: 164; 176: 267; 176: 292; 177: 13; 181: 412; 200: 308 (interesante caso de la Provincia de Salta); 230: 351.

¿Pueden conciliarse los intereses provinciales indubitables con la alta finalidad que inspira un sistema que pretende la optimización nacional? Creo que sí. En la medida de que se señalen reglas claras y precisas.

Existen rigurosamente dos planos. No uno sólo: hasta pensar que si se avanza sobre tal plano siempre se va en desmedro del otro. Pero existen

dos planos en que cada poder puede desempeñarse armónicamente vitando zonas grises.

Debe distinguirse un primer plano, en que puede desempeñarse el FIN PÚBLICO DE OPERATIVIDAD (regulación y control), acordado al B.C.R.A.

Y un segundo plano, que corresponde a la FUNCIÓN INSTITUCIONAL EN SÍ, que es facultad conservada por cada Provincia, con respecto a la fundación y establecimiento de un Banco de Estado propio y para sus fines.

En cada plano opera la supervisión y control específicos.

Incluso puede haber cruce de información y de control que debe ser resuelto por cada ente de control: el B.C.R.A. o el Tribunal de Cuentas, en su caso. V. gr. un supuesto de responsabilidad de los directores y funcionarios detectado por el B.C.R.A., a través de su indelegable control, debe ser conocido y actuado por el juicio administrativo de responsabilidad a cargo del H. Tribunal de Cuentas, que es el órgano de la Constitución local.

Por su parte, la Provincia debe establecer bases y pautas mínimas de organización y funcionamiento del Banco de Estado propio: garantía provincial de sus operaciones; establecimiento preciso de la responsabilidad de los funcionarios que lo dirigen; respeto absoluto a la ecuación económico-financiera del Banco; prohibición de delegación de facultades; fines y objeto público de interés general declarados con claridad conceptual que evite los desvíos; admisión de las normas y principios federales del sistema para el fin de operatividad, incluso en la normatividad orgánica del Banco.

Es el piso funcional mínimo que debe acreditarse. Es el ejemplo del recordado art. 218 de la Constitución de MENDOZA. No se requiere la inclusión en la Constitución, sino en la Ley local.

Pienso, en este momento, la fluidez y excelencia del método de concertación federal — que es otro camino que puede transitarse (art. 107 de la C.N.) —, que supuso originariamente el sistema vial federal que luego, a través del Decreto-Ley 505/58 devenido LEY CONVENIO FEDERAL, ha permitido que las Direcciones Provinciales de Vialidad, como entidades autárquicas, conserven su autonomía funcional y el respeto de su ecuación financiera. Es un modelo. Lo que aquí se requiere es de mayor volumen jurídico-político. Pero el camino está trazado.

Con las pautas señaladas, algunas Provincias argentinas deberán revisar ese piso mínimo que dé garantía al pueblo de la Provincia, en primer lugar, del buen funcionamiento y estricto cumplimiento de fines que van

en su beneficio, pero también de respeto a los requerimientos de un sistema federal que debe tener en el B.C.R.A. el celo custodio de una normatividad que le permite actuar en beneficio, en definitiva, del pueblo de la Nación. Ese es el objetivo último.

“Recuérdese que incluso la Ley al hablar de la auditoría externa necesaria, con respecto al B.C.R.A. usa la voz “podrá...”. La Provincia de CÓRDOBA, por medio de la Ley 5.718, Orgánica del Banco de la Provincia de Córdoba, uno de sus Bancos de Estado, ya ha establecido el control de auditoría interna a cargo de Síndico al efecto y la externa que le corresponda al H. Tribunal de Cuentas, que debiera extremar sus medios a ese alto fin. Incluso la Provincia de Córdoba, en esta ley que comento, há establecido que el Banco es una entidad autárquica sujeta a leyes y normas bancarias.

Debe, en consecuencia — con el sentido y alcance señalados —, reverse el SISTEMA, o sea, en principio, la Ley Orgánica del B.C.R.A. y la Ley de entidades financieras.

Y debe reverse también, no sólo en este doble plano que se ha indicado sino con respecto a la potestad de la propia Provincia sobre aquellos otros aspectos administrativo-funcionales complementarios, en relación al horario y demás que hacen a la idiosincracia, modalidad del pueblo local y hasta el clima, en el ámbito provincial.

VI. Doy paso así al estudio breve de los Bancos privados en jurisdicción provincial. Tienen, a no dudarlo, su problemática específica en razón de la situación geográfica, que se vincula al espacio local.

Se debe analizar, entonces, el sentido y límites de las potestades del Gobierno provincial correspondiente.

El Derecho Público Provincial ha destacado el Derecho Público Subjetivo que tiene el Estado provincial, justamente en su calidad estatal, sobre su territorio, que merece la garantía de la C.N. (arts. 13, 1, 3 y cc.) y a su incolumidad institucional (arts. 5, 104 a 107 y cc. de la C.N.).

Adviértase, ante todo, que es una potestad del Gobierno Provincial (en especial del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, en su caso; sólo eventualmente el Poder Judicial), no del o de los Bancos de Estado que hubiera creado la Provincia.

Surgen aspectos que hacen a la potestad de administración propia, que no entran en colisión y se hallan en posibilidad de plena armonía con otras facultades a cargo del Gobierno Federal o de las acordadas al B.C.R.A.

Me refiero a funciones de optimización y complementación del servicio en el plano local: congruencia de funcionamiento, relaciones funcionales interbancarias, horario y otros aspectos similares.

Pero, recalco, la dicotomía funcional de esta potestad del Gobierno provincial, que no debe ser confundida con el *status* del Banco de Estado propio (cuestión de la Ley Orgánica) y que tampoco puede serle delegada a este.

En el plano provincial, no se advierte la inconveniencia y oportunidad — mérito de valoración que corresponde al Gobierno — para establecer un sistema como el que surge motivado en el establecido, a través de la acción acordada en el B.C.R.A.: al menos, la realidad argentina de hoy exige un proyecto de Unidad Nacional, a mi criterio. Pero sin avasallar la realidad fundante de la Provincia en la Federación Argentina, que es auténticamente nuestra República, y que veo como función primordial del Legislador Federal.

VII. Puede y debe armonizarse el Sistema. La compatibilización es posible como lo he dejado sentado. Como siempre, debe buscarse la primera inteligencia admisible del problema, que, como se vió al principio, tiene dos cuestiones dobles, a su vez, que ahora tienen respuesta.

Paso revista, primero, a lo relativo a los Bancos de Estado provinciales.

Si se señala aquel “piso” de exigencias y pautas mínimas que la misma Provincia debe establecer (pareciera inmejorable la fórmula de la Constitución de Mendoza, art. 218, según la reforma de 1916; si la Provincia otorga garantía sobre su Banco de Estado; si declara la intangibilidad de su capital en el límite de la ecuación económico-financiera que corresponda (como lo hizo la Constitución de la Provincia de BUENOS AIRES, art. 38, según reforma de 1934, autolimitando su reserva de 1859), estimo que el camino de una auténtica concertación federal está resuelto, para beneficio común, nacional y local, incluso regional.

La metodología es variada: leyes que paralelamente ajustan estas pautas mínimas; una Ley-Convenio y otras modalidades de que el Derecho Comparado da ejemplos y que han sido motivo de un estudio mío publicado oportunamente. Lo importante es que la organización es posible: son dos planos, el operativo y el funcional, que admiten ser ordenados sin dificultad ni riesgos de avances recíprocos ni de sustituciones.

De la misma manera, cada Gobierno provincial, sin declinar la potestad de equilibrio funcional, en su propio territorio, de los distintos establecimientos bancarios, puede ejercerla sin menoscabo de la atribución — deber acordado al B.C.R.A. —, en lo relativo al sistema de moneda y de crédito. También aquí los dos planos son claramente señalables y ubicables.

La respuesta nacional al problema siempre habrá de ser dada en el marco de la Constitución Nacional, que es clara al respecto, y en las leyes. La ley federal debe tener mayor precisión para distinguir los planos de comportamiento, y la legislación local, sin confundir la orgánica del Banco de Estado, debe ubicar su potestad en el ámbito espacial local.

Todos sin perder el enfoque óptimo y último de los sagrados intereses del pueblo todo de la Nación Argentina, que incluye a todos y cada uno de los pueblos de las Provincias.

Así quedará garantizado el sistema y el B.C.R.A. podrá cumplir excelentemente su misión funcional propia. Todos pueden crecer igualmente para mejorar el cometido asignado a cada uno y en el respectivo plano.

Cumplidas aquellas premisas todas las Provincias Argentinas pueden tener, porque les corresponde y no como mera aspiración, el *status* garantizado al Banco de la Provincia de Buenos Aires. *Status* que mereció un profundo estudio del gran constitucionalista Dr. CARLO SANCHEZ VIAMONTE.

Tras Cepeda, en el año 1859, la Provincia de Buenos Aires exigió, para reintegrarse a la Federación Argentina, entre otras condiciones, la reserva del Banco de Estado propio. Había comprendido que sin él no se podía "construir con crédito" que es aún más trascendente que "construir con impuestos", como se ha dicho muy bien. El Estado antes que hacer, y sin perjuicio de ello, debe ayudar a hacer.

El General BARTOLOME MITRE, en 1878, con la lucidez del patriota que se eleva, advierte que sólo la igualdad de todas las Provincias era la garantía de construcción definitiva de la República. Y nos deja estas palabras que quiero sean el broche de esta exposición.

"Si el Pacto de San José de Flores hubiere creado privilegios exclusivos a favor de una Provincia respecto de otras, nuestro país no sería una nación con vida orgánica, no sería una asociación; sería una agrupación. Entonces sí que ya tendría en su seno el principio de la disolución prematura, el germen de la muerte... Puedo decir esto con los sentimientos de verdadero argentino, con el amor de hijo de esta Provincia que represento, con la autoridad moral que puede darme el hecho de haber sido uno de los que proyectaron la reforma y, me será permitido agregar, que también con la de gobernante que complementó el Pacto del 11 de Noviembre, que me tocó la fortuna de hacer práctico para bien de todos. Lo repito, el Pacto del 11 de Noviembre no ha dado ningún derecho ni privilegio a Buenos Aires que no corresponda igualmente a todas y cada una de las demás Provincias hermanas."

Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil

MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Comercial

Com a publicação no **Diário do Congresso Nacional**, do dia 17 de maio de 1984, da redação final do Projeto de Lei nº 634-B, do ano de 1975 (no Senado, PLC 118, de 1984), que institui o **novo Código Civil brasileiro**, profundas e substanciais modificações ocorrerão — pasmem! — nos campos do Direito Comercial e do Direito Falimentar brasileiros.

É que, a partir do início da vigência do futuro Código Civil, a **matéria das Obrigações e dos Contratos** estará unificada no direito pátrio (tratamento comum para o Direito Civil e para o Direito Comercial), e criado um novo Livro no Código Civil, abrangendo a chamada “atividade negocial ou empresarial”, que é a “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 969 do Projeto).

Muito mais que o surgimento de um novo Livro no Código Civil, o tratamento do “direito da empresa” na lei codificada significa para o Direito Comercial e Falimentar pátrios um novo e moderno enfoque para a compreensão dos chamados **atos de comércio**, e, em consequência, para a definição das atividades que estarão sujeitas à falência, doravante.

Como sabemos, o conceito de “comerciante”, que é quem pode ser declarado falido, no Brasil, deriva da idéia de “atos de comércio praticados com habitualidade”.

Nosso Código Comercial, que é de 1850, e nossa Lei de Falências, que é de 1945, estão impregnados da idéia antiga de “comerciante”, tomada quase que no sentido do “proprietário da loja ou do armazém da esquina”, e esse entendimento, com a revolução industrial, com o aperfeiçoamento notável da tecnologia, e o surgimento da “Era de Serviços”, não tem mais qualquer significação nos dias atuais!

Armou-se, pois, um contraste e uma batalha feroz entre os fatos, que aí estão, da “Era Tecnológica”, e a mentalidade, cheirando a mofo, da legislação em vigor...

Seria este antigo “comerciante”, o mesmo que o atual “empresário”, da vida moderna, a pessoa jurídica titular da “empresa”?

Os autores assim o entendem, mas com as naturais ressalvas, exprimindo que a noção de “empresário” (o titular da “empresa”) tem conotação mais moderna e mais ampla, sobretudo, enquanto “comerciante” está impregnada de um “profundo ressaibo exclusivista, egocêntrico, resultante do individualismo que marcou historicamente o direito comercial” (RUBENS REQUIÃO, **Curso de Direito Comercial**, Saraiva).

Além do que, sob a forma individual, sem a união de esforços para a consecução de um objetivo comum, era como se praticava habitualmente o comércio.

Em assim sendo, de conformidade com o direito positivo brasileiro vigente até o momento, para se saber quem é “comerciante”, e, portanto, sujeito à falência, temos de nos reportar a uma legislação totalmente defasada, superada, rançosa, de 1850!

Porque, do entendimento do que seja “mercancia”, ou seja, a prática habitual de atos de comércio, extraído do art. 19, § 1º, do Regulamento nº 737, de 1850, é que deriva a noção de “comerciante”, para o direito brasileiro...

De acordo com o Código Comercial, para se ser “comerciante”, no Brasil, são necessários os seguintes requisitos:

- 1 — ter a livre administração de seus bens;
- 2 — ter a livre administração de sua pessoa (esses dois primeiros requisitos exprimem a capacidade jurídica da pessoa, que hoje é fixada no Código Civil de 1916);
- 3 — não ser proibido de comerciar, segundo as regras do Código Comercial;
- 4 — a prática profissional da mercancia, nos termos do art. 19 do Regulamento 737/1850 e do art. 4º do Código Comercial;
- 5 — em nome próprio e por conta própria.

E o **registro** do comerciante é tido como elemento essencial?

Na legislação comparada, o registro do comerciante no Registro do Comércio ora é tido como “constitutivo” da personalidade jurídica, ora como simplesmente “declarativo” dessa personalidade.

Para o sistema francês, vindo do Código de 1807, é a profissão, a prática dos atos de comércio, que faz o comerciante, independentemente de matrícula, inscrição etc.

Para o sistema suíço, há duas categorias: os que estão obrigados, em virtude do exercício de determinadas atividades, a requerer a inscrição; e os que, exercendo sob firma comercial uma atividade que não os obrigue a registro, podem, todavia, requerê-lo.

O sistema alemão admite, em essência, três categorias:

a) aqueles que são comerciantes, pela atividade específica que exercem e, portanto, estão obrigados ao registro; o registro para eles é simplesmente declarativo. Estão isentos os pequenos comerciantes, ou “minderkaufleute”;

b) aqueles que exercem atividades que exigem uma estrutura mercantil, e, portanto, devem ser comerciantes, impondo a lei o seu registro, o qual, aqui, não é meramente declarativo, mas constitutivo da qualidade de comerciante. São os “sollkaufleute”;

c) aqueles que exercem atividade rural e não mercantil, mas que, em virtude de sua complexidade, podem ser comerciantes: são os “kankaufleute”.

Finalmente, segundo o sistema italiano (Código unificado de 1942), os “imprenditori commerciali” devem obrigatoriamente inscrever-se no registro das empresas, cujo fim principal é dar conhecimento da inscrição ao público, tendo, assim, um caráter “declarativo”. Estão isentos de inscrição os “piccoli imprenditori”. A inscrição para os primeiros é obrigatória, podendo ser determinada **ex officio**, e há punições diretas e indiretas pela sua falta.

Pelo sistema brasileiro, que vigora até o momento, o registro é facultativo: o comerciante não adquire tal condição pelo registro, mas pela prática profissional da mercancia.

O art. 4º do Código Comercial de 1850 exigia a matrícula do comerciante em alguns dos Tribunais do Comércio. Todavia, tal “matrícula” de há muito caiu em desuso.

A partir de 1890, pela Lei nº 916, foi criado o registro das firmas ou razões comerciais. Tal sistema, revigorado pela Lei nº 4.626, de 13-7-65, é teoricamente “facultativo”, mas praticamente obrigatório,

pelas graves conseqüências advindas da falta de registro (não poderão os comerciantes ter os livros comerciais revestidos das formalidades legais; não poderão requerer a falência de outrem; não poderão impletrar concordatas; no caso de falência incorrerão em crime falimentar etc.).

Além disso, em decorrência das leis fiscais, o registro das pessoas jurídicas que exerçam atividades com fins de lucro, no território nacional, é absolutamente obrigatório no Cadastro Geral dos Contribuintes do Ministério da Fazenda (Leis nº 4.503/64; 4.506/64, Regulamento nº 58.400/66).

Examinados tais pressupostos, decorrentes e resultantes do Código Comercial de 1850 e da legislação que paulatinamente o modificou, podemos extrair as seguintes observações:

- a) em nosso direito não existe o “ato de comércio” isolado;
- b) o que caracteriza o comerciante é o exercício habitual da mercancia, em nome próprio e por conta própria;
- c) os “atos de comércio por natureza”, ou “atos intrinsecamente comerciais”, no direito brasileiro, são aqueles definidos nos §§ 1º a 3º do art. 19 do Regulamento nº 737/1850, e em todos eles encontramos o elemento “mediação especulativa”, como caracterizador;
- d) em face da antiguidade dessa legislação, muitos atos hoje comumente praticados, e que se caracterizam por uma “intermediação especulativa”, não são considerados “atos de comércio”, e, portanto, quem os pratica não está sujeito à falência. Citando alguns dos mais importantes: as empresas prestadoras de serviços, os atos versando intermediação sobre imóveis etc.
- e) o registro, no direito brasileiro, até agora, não é constitutivo da personalidade, mas meramente “declaratório”; é teoricamente “facultativo”, mas, na prática, pelas sanções que advêm da sua ausência, tornou-se obrigatório, máxime para fins fiscais.

Assim, a imprestabilidade científica desses conceitos, advindos do direito positivo pátrio, totalmente superado, tem gerado inúmeras e infundáveis dúvidas, condições e perplexidades na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais.

Raríssimos os tribunais do País que se abalançam a decretar a falência de “empresas prestadoras de serviços”, por exemplo, e que estão tão disseminadas e atuantes na vida comercial moderna.

Por isso é que o alvorecer de uma nova era está surgindo, com a próxima entrada em vigor do Código Civil brasileiro.

Se, por ironia a entranhados “comercialistas”, o conceito diferenciador do novo Direito Comercial nos virá do bojo de um “Código Civil”, nem por isto, pelo grande significado prático e científico que representa, devemos deixar de o exaltar.

Trata-se do conceito de **Empresa**.

Tal noção já ingressou no direito positivo dos povos (veja, por exemplo, o Código Unificado das Obrigações italiano, de 1942).

Autores vêem, justamente, neste conceito o elemento diferenciador entre os campos do Direito Civil e do Direito Comercial (e do *Falimentar, via de consequência*).

Intervindo, por qualquer modo, a empresa, nas relações jurídicas, estaremos ante relações de Direito Comercial.

Toda atividade econômica privatística, organizada, e repetida com regularidade, é “atividade empresarial”, própria do “empresário”, e exercida pela “empresa”.

O novo “Projeto de Lei nº 634-B”, de 1975, evitou definir o que seja “empresa”.

No seu art. 969 definiu tão-somente o “empresário”, nesses termos:

“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção, ou a circulação de bens ou de serviços.”

Tal definição é calcada no art. 1.106 do Projeto do Código das Obrigações, de 1965, que por sua vez praticamente copiou o art. 2.082 do Código Civil italiano.

Esse Projeto de 1975 derivou, como se sabe, do Anteprojeto do Código Civil, apresentado em 12-6-72 ao Sr. Ministro da Justiça pela Comissão encarregada de sua feitura, sob a supervisão do Prof. MIGUEL REALE.

Naquele Anteprojeto, o Livro II do Código Civil possuía a denominação de “Atividade Negocial”. Atualmente denomina-se “Do Direito de Empresa”.

Nas “Diretrizes Fundamentais”, introduzindo o Anteprojeto, relativamente às “atividades negociais”, confessou-se que a orientação adotada pelo Governo foi no sentido da disciplina unitária do Direito das Obrigações no texto do Código Civil. Assim é que o primeiro princípio fundamental fixado foi o da “compreensão do Código Civil como a lei fundamental do Direito Privado, nele mantendo, por conseguinte, o Direito das Obrigações, mas sem distinção entre obriga-

ções civis e mercantis, consoante diretriz prevalente, neste ponto, desde o Anteprojeto do Código das Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965”.

Pelo Anteprojeto de 1972 estabeleceu-se uma distinção entre sociedade empresária e sociedade civil, ambas visando a consecução de fins econômicos (ao contrário das associações), sendo que as sociedades civis se caracterizam por não estarem sujeitas ao registro. Esta diferenciação, imprecisa, foi substituída no Projeto 634-B, por uma outra dicotomia:

a) as sociedades **empresárias**: são as sociedades que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 970);

b) as sociedades **simples**, as demais.

O art. 970 do Projeto 634-B assinalou:

“É obrigatória a inscrição do empresário no Registro das Empresas da respectiva sede, antes do início de sua atividade.”

O art. 973 do Projeto dispensa da inscrição:

I — o empresário rural;

II — o pequeno empresário, tal como definido em decreto.”

O art. 974 faculta ao empresário rural requerer sua inscrição, equiparando-se, a partir daí, ao empresário sujeito a registro.

É a adoção parcial do sistema alemão, possibilitando àqueles que, embora não obrigados ao registro, possam requerer sua inscrição, tornando-se comerciantes (“kankaufleutes”; “kann” = podem).

O art. 988 do Projeto 634-B estabeleceu:

“A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.”

Trata-se da adoção, para as sociedades empresárias, do denominado registro constitutivo da personalidade jurídica, no direito brasileiro.

Para os empresários individuais, o registro, segundo o art. 970, é igualmente obrigatório.

Isto quer dizer que, sem o registro, uma sociedade empresária será considerada uma sociedade não personificada (arts. 989/99 do

Projeto 634-B), com a conseqüência da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais contraídas.

Como vimos, o Projeto 634-B, tal como o Anteprojeto de 1972, esquivou-se de definir o que seja **empresa**.

Não estabeleceu nem sequer quais as **atividades próprias do empresário comercial**, como o fazia o Projeto do Código das Obrigações, de 1965, de autoria de ORLANDO GOMES, no seu art. 1.108, nesses termos:

“Considera-se empresário comercial o que exerce atividade caracterizada no art. 1.006, e não incluída no preceito do art. 1.007.

§ 1º — São próprias de empresário comercial:

I — atividade intermediária na circulação de bens;

II — atividade de transporte, por terra, água e ar;

III — atividade bancária;

IV — atividade seguradora;

V — outras atividades auxiliares.”

Pela detida leitura do Projeto 634-B, conclui-se que todos aqueles que exercem “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços são **empresários** (art. 969).

Excluem-se, pelo seu parágrafo único:

“Quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística... salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.”

Surge, desde logo, a primeira questão: os profissionais liberais (médicos, advogados, engenheiros, dentistas etc.), no exercício de sua profissão, incluem-se no conceito de “empresários”?

O termo “profissão intelectual” ou de “natureza científica” a eles se aplica, para excepcioná-los?

A nosso entender não, pois que “profissão intelectual”, aqui, deve ter um sentido restritíssimo, voltado para o exercício da produção puramente intelectual. De outra forma alargar-se-á demasiadamente o conceito, tornando-o imprestável.

Nosso futuro Código filiou-se, pois, à corrente dos que definem a empresa sob um perfil funcional, isto é, apenas descrevendo, genericamente, a atividade que constitui atividade própria de empresário.

Destarte, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil — que se propõe a ser a lei fundamental do Direito Privado brasileiro — um novo panorama estará descortinado para o Direito Comercial e para o Direito Falimentar brasileiros, cumprindo sejam destacados os seguintes pontos, por fundamentais:

a) na realidade, o novo Código deveria denominar-se **Código de Direito Civil e Comercial brasileiro** porque, a partir de sua vigência, com a unificação do Direito das Obrigações e com o tratamento minucioso do Direito da Empresa (inclusive dos institutos complementares, como o registro, o nome comercial, os prepostos, a escrituração), o antigo e vetusto Código Comercial brasileiro estará irremediavelmente revogado;

b) para tanto, deveria haver um artigo nas Disposições Finais e Transitórias do novo Código revogando expressamente o citado Código;

c) a partir daí a noção de “empresa” é que caracterizará o Direito Comercial, com a divisão entre empresas individuais (pessoas físicas exercendo atividades empresariais, transformando-se, *ipso facto*, em pessoas jurídicas) e sociedades empresárias. Ao lado destas, com a denominação de “sociedades simples”, aquelas cujo registro não é obrigatório (empresas rurais, microempresas), e também as “sociedades não personificadas”, que são aquelas que ainda não foram levadas a registro, quando deveriam sê-lo, e cuja consequência é a responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios;

d) em consequência, quem for **empresário**, de grande ou pequeno porte, registrado ou não, estará sujeito à **falência**, no direito brasileiro.

Excetuam-se, tão-somente, como já foi visto, aqueles que exercem “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística”... desde que o exercício dessas profissões não constitua “elemento da empresa”.

Seria conveniente que a lei fosse mais explícita a respeito, para dissipar quaisquer dúvidas, que certamente surgirão. O termo “profissão intelectual” prestar-se-á a infindáveis controvérsias quanto ao real alcance;

e) o novo passo a ser dado será a edição de uma “lei unificada dos concursos”, visando abarcar, num só instrumento processual legislativo, todas as modalidades de concursos de credores existentes ou a serem criados no direito brasileiro. Mas este tema será objeto de outro estudo.

Grupos de empresas en la nueva legislación argentina sobre sociedades y quiebras

RAUL ANIBAL ETCHEVERRY

Profesor Titular de Derecho Comercial
Universidad de Buenos Aires
— Argentina

I. La legislación argentina no tiene un tratamiento unitario para regular el fenómeno de los grupos de sociedades y empresas.

En efecto: hay diversas disposiciones que se refieren al control y agrupamiento, entre las que podemos señalar: la ley de sociedades 19.550, la ley de concursos (falencias) 19.551, la ley de inversiones extranjeras 21.382, la ley de impuestos a las ganancias 20.628, la ley del contrato de trabajo 20.744, la ley de entidades financieras y bancos 21.526.

Todas estas leyes regulan, de un modo u otro, el importante fenómeno de *concentración empresaria que tiene lugar en las modernas economías capitalistas*.

He de referirme solamente al régimen de las sociedades comerciales y al de la falencia, por ser los instrumentos más importantes y de mayor generalidad en sus soluciones.

Debemos partir de ciertas premisas básicas que obran como principios generales en materia de agrupamiento.

En el derecho argentino es lícito que empresarios individuales y sociedades se agrupen en conjuntos de subordinación y de cooperación.

El control del grupo está regulado en la ley de sociedades y también en la de concursos para el caso de quiebra.

En la Argentina no está estructurado en normas jurídicas el grupo de derecho, a diferencia de Brasil, que sí lo reconoce. En efecto, el art. 265 de la nueva ley de sociedades anónimas brasileras n° 6.404 admite la convención de grupo y regula sus efectos legales.

A fines de 1983 se dictan en la Argentina dos leyes: la 22.903 que reforma la ley de sociedades n° 19.550; y la 22.917 que reforma la ley de quiebras n° 19.550. El autor de este trabajo intervino en la redacción de la primera.

De estas leyes nacen tres regímenes integrados que resuelven estas diferentes cuestiones:

- a) control entre sociedades y sanción por el uso desviado o abusivo de ese control;
- b) contratos de colaboración entre empresas;
- c) extensión de la quiebra a sociedades de un mismo grupo económico.

II. Como señala KONDER COMPARATO ⁽¹⁾ la sociedad anónima aparece como una "instrucción clave" de los grupos económicos.

Si bien es cierto que es posible que aparezcan los grupos para coordinarse o cooperar entre sí, resulta común la formación de grupos donde se revela la relación de subordinación.

Como dice FRAN MARTINS ⁽²⁾, los grupos de sociedades se constituyen bajo un principio jerárquico: varias sociedades se agrupan conservando su personalidad moral propia, bajo dominación y dirección común de un mismo sujeto de derecho.

En la ley de sociedades argentina 19.550, reformada por la ley 22.903, se han establecido separadamente dos soluciones: una correspondiente al control ejercido entre sociedades coligadas de hecho ⁽³⁾ y otra referente a los acuerdos de colaboración.

En las sociedades coligadas de hecho, mas que el desarrollo de la forma de ligazón, se establece normativamente los efectos del control cuando éste es abusivo o desviado.

Antes de la reforma de 1983, la ley de sociedades argentina regulaba en el art. 33 el control directo, el indirecto y el interno de hecho y de derecho ⁽⁴⁾. En la ley 22.903 se establece un nuevo régimen en el cual

(1) *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio, Forense, 1978, p. 195.

(2) *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio, Forense, vol. 3, p. 430.

(3) Ver el sentido del "grupo de fato" como lo caracteriza el Profesor REQUIAO en *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, vol. 2.º, p. 227, n.º 455.

(4) OTAEGUI JULIO C., *Concentración societaria*, Ed Abaco, 1984, p. 259.

también se atiende al control externo, es decir, el ejercido mediante influencia dominante de una sociedad sobre otra (5).

El actual art. 33 de la ley de sociedades argentina señala lo siguiente:

“Sociedades controladas – Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

1) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;

2) ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Sociedades vinculadas – Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la sección IX de este capítulo, cuando una participe en más del 10% del capital de la otra.

La sociedad que participe en más del 25% del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho”. (Texto según ley 22.903).

Como se ve, allí queda determinado el control interno y externo en materia societaria; sólo en el primer caso deberán prepararse estados contables consolidados (art. 62 ley 19.550).

El art. 54 de la ley 19.550 también fue modificado por ley 22.903, estableciéndose sanciones por extensión de la responsabilidad a sociedades o personas controlantes que abusaren de las sociedades controladas.

Dicho artículo tiene el siguiente texto:

“Dolo o culpa del socio o del controlante – El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica – La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará

(5) Ver al respecto el art. 2.359 del Codice Civile italiano.

directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados" (Texto según ley 22.903).

Respecto del ejercicio del poder de control, hay tres casos:

- a) el daño a la sociedad por acción de su controlante;
- b) el desvío de fondos realizados por la controlante;
- c) el abuso de la personalidad jurídica por parte de la persona controlante.

El daño genera responsabilidad, solución que concuerda con la genérica del Derecho Civil. La responsabilidad importa la obligación solidaria de indemnizar a la sociedad controlada perjudicada.

La aplicación de fondos o efectos de la controlada en beneficio de la persona controlante o de terceros, conlleva la obligación de traer a la sociedad las ganancias resultantes y soportar las pérdidas.

La utilización de la personalidad jurídica como un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, cuando se intente burlar derechos de terceros o conseguir fines extrasocietarios no es admitida por la ley.

El art. 54 dice que cuando ello ocurra, la personalidad como privilegio legal es inoponible y el daño causado se imputará directamente a quienes hayan utilizado tal personalidad.

III. La colaboración entre empresas (sociedades y empresas unipersonales) está admitida en la ley 19.550 a partir de la reforma del año 1983, mediante la ley 22.903.

No se aceptan figuras societarias, ya que los agrupamientos de colaboración son contractuales y no constituyen sujetos de derecho ⁽⁶⁾. Generalmente se dan en forma transitoria.

El nuevo régimen se desarrolla a partir del art. 367 de la ley 19.550 y en él se establecen dos formas estructurales contractuales: las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas.

La *agrupación* es un contrato con caracteres de mutualidad e interinidad (art. 367 y siguientes) y no tendrá fines de lucro directo.

La agrupación no puede ejercer funciones de control sobre la actividad de sus miembros (art. 368, *in fine*).

(6) Cfr. nuestro trabajo en la Revista Jurídica *El Derecho*, del 15 de noviembre de 1983: "Notas preliminares sobre grupos de empresas y contratos de colaboración".

Las *uniones transitorias de empresas* se crearan para superar la valla que imponía el art. 30 de la ley.

Pueden formarse uniones transitorias entre sociedades y empresarios individuales, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto.

Este acuerdo, de naturaleza externa, no constituye sociedad ni permite adquirir personalidad jurídica (art. 377).

Es la solución que otorga la ley como respuesta a la necesidad de un marco legal para la actuación conjunta de diversas empresas en el caso de grandes obras e emprendimientos.

IV. *Otras aplicaciones del agrupamiento de sociedades y empresas.*

El régimen fiscal ha desarrollado la noción de "conjunto económico", aplicable a los grupos empresarios que revelen ciertas características de unidad de dirección.

En el caso Kellog Co. Argentina S.A., la Corte Suprema de la Nación admitió, a fines de hallar la realidad económica subyacente, la identidad de un conjunto económico, de naturaleza interna e internacional.

Entre los muchos casos, se puede citar también el de Transportes Versailles, del año 1979.

En materia concursal, se hizo necesaria una elaboración mayor, a partir del notable incremento de las quiebras, producido en el país en los últimos cinco años.

El régimen concursal no tiene — ni puede tener — un sistema propio de legislación grupal.

Pero es menester que la ley de quiebras se refiera al grupo empresario, tanto en el concurso preventivo como en el caso de quiebra, para resolver cuestiones de identidad grupal, en orden a extender o no los efectos concursales.

Debemos partir de la base de considerar que el grupo no es, en nuestro derecho, persona jurídica.

Además, es preciso recordar que cada sociedad tiene y conserva su personalidad, que cada ente responde con su propio patrimonio y que cada una deberá atender el reclamo de sus acreedores.

La jurisprudencia se encargó de demostrar la necesidad de una regulación legal, que se alcanzó recién en el año 1983.

V. *Casos de jurisprudencia mas relevantes en materia concursal.*

Del año 1971, con sentencia de Corte 1973, es el caso SWIFT-Deltec. En él se manejaron las concepciones de penetración de la personalidad y de unidad económica del grupo.

Por esa razón se extendió la quiebra.

En el caso Nogoyá, de 1971, también la jurisprudencia entendió que había existido confusión patrimonial lo que justificaba tratar a la masa del grupo como una sola.

En 1977 se resuelve el caso Pazmallman. Se decreta una sola quiebra por confusión patrimonial y confusión de personalidad jurídica.

Se forma una sola masa activa y otra pasiva y se reconoce la existencia de un grupo controlado por una holding y su operar mediante la utilización de dirigentes de hecho.

Los supuestos más resonantes y recientes se dan en grandes grupos de empresas que cuentan con una sociedad anónima organizada como banco: el Banco de los Andes en el caso Grecco; el Banco Internacional en el grupo Sasetru y el Banco Oddone en el grupo de igual nombre.

El Banco Central comienza interviniendo a los Bancos que hacen de agentes financieros de cada grupo.

En el caso Grecco, se dictan dos leyes de quiebra especiales: nros. 22.229 y 22.334, estableciendo un trámite concursal apartado del régimen legal general, sin perjuicio de que éste actúa en caso subsidiario.

Se reconoció que Grecco es un conjunto económico que utilizó formas irregulares de financiamiento .

Dada la importancia del grupo en el mercado de vinos y por consiguiente, en la economía regional respectiva, el Estado toma intervención en este concurso.

Se decreta la quiebra, reconociéndose tres subgrupos: *a)* sociedades pantalla, *b)* sociedades en quiebra y *c)* sociedades in bonis, que podrían seguir operando.

La Cámara Nacional en lo Comercial Sala B, resolvió favorablemente la constitucionalidad de las leyes citadas, en base a que el Estado tiene como obligación la protección general de los intereses económicos.

El caso Sasetru, de 1979, exhibió un grupo atípico y complejo, así como muy variado y numeroso.

En primer lugar se intentaron acuerdos preconcursales que entonces se llamaban "club de bancos" sostenes financieros bancarios que no pudieron salvar a la empresa.

Mas tarde Sasetru pide su propia quiebra y denuncia que integra un grupo compuesto por 36 sociedades más, sin capacidad de decisión autónoma.

La jurisprudencia manejó estos conceptos respecto de la quiebra del grupo, la que fue declarada y levantada posteriormente por la Corte Suprema de la Nación: interdependencia de las empresas del grupo; existencia de una unidad socio-económica integrada; vinculaciones accionarias; directorios comunes; unidad contable; unidad de administración.

Se resolvió dotar a este concurso de una sindicatura única.

En el caso Oddone se dictó una ley especial, la n° 22.267 y los directivos del Banco homónimo fueron enjuiciados penalmente.

Se intervinieron 36 sociedades y se manejó también el concepto de grupo de interacción y de control.

VI. *Sistema concursal actual. La fallida aparente.*

El régimen actual emplea nociones de agrupamiento al regular la extensión de la quiebra de la responsabilidad y los acuerdos preconcursales.

Examinaremos el primer supuesto, que es el más amplio y rico en el tema que abordamos.

Dejemos de lado el caso simple del art. 164, que se refiere a los socios con responsabilidad ilimitada.

En el art. 165, se establecen tres supuestos de extensión de la quiebra, refiriéndose la ley tanto al empresario individual como al colectivo (sociedades).

El primer inciso explica el primer supuesto: una persona física o jurídica que actúa con la apariencia de la fallida.

Si realiza actos en su interés personal y dispone de bienes de la fallida en fraude a los acreedores, la quiebra le es extendida plenamente.

En este primer inciso, originado en precedentes franceses, no es descartable que se haya actuado utilizando mecanismos de agrupamiento, aunque el supuesto no se limita a ello.

No hay penetración de la personalidad como dice alguna doctrina, sino simulación y apariencia. Sin embargo, la jurisprudencia aplicó el art. 165 fundada en la penetración de la personalidad societaria.

La nueva redacción del inciso, plasmada por la ley 22.917, ha hecho mas amplio el supuesto, ubicándolo en su correcta interpretación jurídica.

VII. Sistema concursal. El grupo económico con subordinación.

La ley de concursos, modificada en 1983, estableció en la Sección II la licitud del grupo económico, forma en que se designa genéricamente al agrupamiento de sociedades o empresas. En el art. 165-11, se determina claramente que no en todos los supuestos de grupo económico se debe extender la quiebra.

Ante la existencia de un grupo económico, solo se extiende la quiebra en los casos mencionados en los incisos 2 y 3 del art. 165 nuevo.

El inciso 2º se refiere a un grupo organizado por una empresa o sociedad controlante.

El control a que alude la ley es el interno de hecho y de derecho; la norma legal así lo dispone (inciso 2º a). Abarca, por ejemplo, el caso de accionistas sindicados.

Pueden ser controlantes, las personas físicas en general, las sociedades, otras personas jurídicas y accionistas con responsabilidad limitada.

El caso de inciso 2º exhibe tres condiciones:

a) control

b) dirección unificada

c) desvío del interés social en interés del de la controlante o del grupo del que forma parte.

El desvío puede ser doloso o culposo.

VIII. Sistema concursal. La confusión patrimonial.

Puede ser un caso en el que haya o no un grupo económico. La caracterización legal pasa por la imposibilidad de delimitar los activos y pasivos — o la mayor parte de ellos — de personas físicas o jurídicas.

De ahí que la confusión patrimonial debe ser “inescindible”, no bastando la mezcla de algunos intereses.

La ley de concursos en el art. 165, inc. 3º, señala que en el caso de personas que confunden sus patrimonios de manera inescindible, la quiebra se extiende.

Hay cuatro casos posibles de confusión patrimonial: a) entre dos o mas personas físicas; b) entre personas físicas y sociedades; c) entre sociedades; d) entre sociedades o empresas que forman un grupo.

No es suficiente, para que la norma sea operativa, que haya confusión parcial, o solo contable o solo de activos sin pasivos confundidos (o viceversa).

Dez anos de vigência da Lei das Sociedades Anônimas

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro. Professor
catedrático de Direito Civil da
Universidade do Estado do
Rio de Janeiro

Em dezembro do corrente ano a Lei das Sociedades Anônimas festejará o seu décimo aniversário, tendo representado um importante instrumento de transformação da economia do nosso País e um catalisador da institucionalização de um capitalismo equilibrado, que pretendeu ser popular e moralista. Trata-se de uma lei elaborada, com boa técnica, por mestres do nosso direito comercial, com grande vivência prática, como o são o Professor Alfredo Lamy Filho e o Dr. José Luiz Bulhões Pedreira. O novo diploma pretendeu estimular uma economia de mercado, dominada pela iniciativa privada e concebida, no II PND, com a finalidade de fortalecer a empresa nacional, substituindo o financiamento a juros altos por um capital de risco nacional e adequadamente remunerado.

A abertura do capital foi concebida como um elemento de formação de grandes conglomerados, que obteriam maior produtividade, com menores custos, e se caracterizariam pela existência de uma estrutura financeira sólida. A lei societária deveria ser, na concepção dos seus autores, a roupagem jurídica para essa nova economia, sustentada, em grande parte, pelas grandes empresas nas quais o controle seria nacional, contando o acionista privado com a colaboração do Estado e, eventualmente, do capital estrangeiro. Na época, o tripé (empresa nacional, empresa estrangeira e estatal) foi considerado como uma solução adequada e satisfatória para assegurar o desenvolvimento da nossa economia.

Em dez anos, mudou completamente a nossa economia que acabou de ser revigorada com a reforma monetária. Modificou-se basicamente a política nacional. O endividamento interno e externo preocupa o País e a própria política dos conglomerados não é mais considerada como constituindo, necessariamente, a salvação nacional.

Na realidade, o contexto no qual a Lei das S.A. foi elaborada mudou substancialmente, e as próprias premissas econômicas, financeiras, sociais e tributárias, que a justificaram ou já não existiam na época ou, em parte, desapareceram com o decurso do tempo.

De qualquer modo, trata-se de uma lei fecunda e pedagógica, que deu nova dimensão ao mercado acionário no Brasil, moralizou as bolsas e as negociações de ações em geral e abriu novas perspectivas ao regime capitalista, abandonando o clima da selva em que se desenvolvia, para reconhecer a presença do Xerife, representado pela Comissão de Valores Mobiliários, pelo Poder Judiciário e pela própria opinião pública.

Conceitos novos, que existiam subliminarmente na consciência jurídica, passaram a ter uma definição adequada e o País reconheceu os direitos dos minoritários, a responsabilidade do controlador e a existência dos grupos societários, passando a adotar técnicas novas, como a oferta pública de ações e a cisão, além de instrumentos anteriormente não previstos pela legislação como as ações escriturais, as várias espécies de debêntures etc...

Não há dúvida que a conquista básica da nova lei foi a democratização da sociedade anônima e pode até parecer estranho que essa democratização tenha ocorrido numa fase de ditadura política. Talvez o legislador, antes de restabelecer a liberdade da sociedade civil, tenha querido consagrar o regime democrático na sociedade anônima.

Quando se examinam os resultados da lei societária num prazo de dez anos, verifica-se, inicialmente, a sua importância prática, pois, retomando a frase de um banqueiro alemão, cabe dizer que é em virtude da lei que o acionista minoritário deixou de ser um tolo e um arrogante. Um tolo quando entrega o seu dinheiro à empresa, comprando as ações, e um arrogante quando ainda pretende receber os seus dividendos. A consagração do direito ao dividendo é, no fundo, a linha mestra da nova legislação, sem prejuízo de outras proteções asseguradas, sob as formas as mais diversas, aos acionistas minoritários.

Quando se examina a jurisprudência tanto administrativa, quanto judiciária, que se construiu num decênio em torno da lei societária, não deixa de haver um certo sentimento de frustração. No tocante à CVM, encontramos um conjunto sistemático de normas e um grande número de decisões em inquéritos administrativos, que representam uma importante contribuição moralizadora ao direito societário, mas,

por outro lado, vimos, recentemente, posta em discussão a própria competência da autarquia e a validade da delegação que lhe foi atribuída. No campo das decisões judiciais, ainda não há posições consolidadas e, ao contrário, multiplicam-se as polêmicas e as divergências, mesmo em relação a pontos nos quais o legislador e os órgãos regulamentadores pretenderam ser os mais claros e inequívocos.

Pergunta-se, pois, se não é o momento de rever a legislação societária, mantendo as suas grandes linhas, mas fazendo os acertos necessários e indispensáveis, especialmente numa lei que pretendeu ser, em grande parte, didática e programática, virada para o futuro e confiante na interpretação construtiva das suas inovações.

Em primeiro lugar, parece que se justificaria uma sistematização da nossa lei em matéria societária, abrangendo não somente as sociedades anônimas, mas todas as demais e, em particular, aquelas que mais se aproximam das sociedades por ações, como, por exemplo, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, em relação à qual foi recentemente nomeada uma comissão para preparar um anteprojeto de nova lei. Efetivamente, existem princípios e normas gerais em relação a todas as sociedades comerciais, que não devem circunscrever a sua incidência às sociedades anônimas. Ao contrário, as normas gerais sobre transformação, incorporação, fusão e cisão, subsidiárias e coligadas, consórcios e grupos de sociedades devem ser aplicadas a todos os tipos de sociedades. A simples referência à aplicação analógica das normas referentes a um tipo de sociedade em relação às demais nem sempre constitui a solução mais adequada, podendo ensejar dúvidas e conflitos de interpretação.

Por outro lado, existem áreas de superposição, nas quais a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, quando muito sofisticada, tendo a sua Assembléia Geral, sua diretoria e seus conselhos, se aproxima da sociedade anônima fechada utilizada pelo grupo familiar. A própria sociedade em nome coletivo pode ser modernizada e composta por pessoas jurídicas, como já se admite na prática e na melhor doutrina, aproximando-se de uma figura não muito distante de um consórcio com solidariedade entre os consorciados.

Assim, a existência de leis distintas para tratar de cada tipo societário ou de algumas leis especiais que deveriam vigorar ao lado do evidentemente obsoleto Código Comercial de 1850 ou de um novo Código Civil abrangente de toda a matéria obrigacional de direito privado (tanto no campo civil, como empresarial) não nos parece a melhor solução. Talvez coubesse pensar num verdadeiro Código das Sociedades, como existe na Argentina e na França e está sendo elaborado em Portugal. Neste Código, com uma parte geral e uma parte especial, reencontraríamos todas as sociedades e inclusive, eventualmente, a própria sociedade unipessoal, que acaba de ser consagrada na legislação francesa e que, no Brasil, já encontrou numerosos defensores na doutrina.

Neste Código, a atual lei das sociedades por ações poderia ocupar o seu devido lugar, aproveitando-se em grande parte as suas normas gerais para também serem aplicadas aos demais tipos de sociedades.

No debate em relação à revisão da atual lei societária, a própria CVM já suscitou várias questões, que merecem ser reexaminadas, entre as quais a regulamentação das empresas estatais, da política de dividendos, dos casos de recesso e das modalidades de realização do reembolso, da regulamentação da responsabilidade dos administradores e do **insider trading**, da alienação do controle — especialmente nas empresas financeiras e outras que têm ativos intangíveis — da tributação de dividendos etc...

É evidente que cada um desses temas mereceria não apenas um estudo, mas um seminário específico, e sabemos que a CVM está organizando pesquisas e estudos em torno desses assuntos para a reformulação das normas de mercado em relação aos mencionados assuntos.

Tendo menos a finalidade de resolver os problemas do que de simplesmente suscitar as questões para discussão, faremos, rapidamente, um levantamento de alguns pontos polêmicos que merecem uma análise em profundidade, a fim de evitar distorções, que puderem surgir, em virtude da aplicação da lei societária a casos concretos, que foram apresentados no campo administrativo ou judicial.

A primeira questão se refere à própria conceituação da companhia aberta, quando abrange aquelas cujas ações não são negociadas em Bolsa e que são caracterizadas como abertas pelo simples fato de terem emitido debêntures mesmo quando não são conversíveis. A pergunta que nos parece cabível, no caso, é a seguinte: por que considerar aberta uma empresa que tem dois acionistas e cujas ações não são e nunca foram negociadas em Bolsa, pelo simples fato de ter emitido debêntures em vez de ter levantado dinheiro em Banco, sob qualquer outra forma?

Mesmo que se admitisse que a emissão das debêntures pudesse justificar uma situação jurídica diferente da existente para a sociedade fechada, não seria descabido aplicar, no caso, todo o sistema de proteção ao minoritário, numa sociedade que, do ponto de vista econômico, é fechada e não aberta?

Outra questão é a referente à interpretação dos arts. 254 e 255, que tratam da alienação de controle e do direito que a lei assegura aos minoritários de pagamento de valor igual ao pago ao majoritário. Diante da relativa falta de clareza do texto legislativo e da posterior regulamentação pela Resolução nº 401, indaga-se se a oferta deve ser ou não dirigida aos acionistas preferenciais. Temos sustentado que, tanto na sociedade comercial como na sociedade política, a noção de minoritário se opõe à de majoritário, só podendo ser minoritário o

acionista com direito de voto, tanto mais que nenhuma norma de isonomia existe entre acionistas titulares de ações de tipos diferentes cotados em Bolsa por valores distintos. Assim sendo, a oferta dever-se-ia cingir aos titulares de ações ordinárias. Neste sentido, já existem várias decisões do Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, havendo um acórdão em sentido contrário do Tribunal de São Paulo. Posição intermediária foi defendida em acórdão da Primeira Câmara do TJRJ, no qual se entendeu que o acionista preferencial não tinha direito a ser beneficiário da oferta pública, mas que, se em seguida viesse a ocorrer incorporação, o valor do recesso para o acionista preferencial não deveria ser o valor patrimonial contábil, mas o valor real do patrimônio da empresa, abrangendo o valor dos intangíveis, dividido pelo número de ações. A doutrina não é mansa e pacífica na matéria, e vários autores evoluíram ou involuíram, nas suas afirmações, tendo a questão ensejado numerosos processos, que estão sendo discutidos nos Tribunais e na área administrativa, tanto do Banco Central, como da CVM.

No caso de alienação de controle de instituições financeiras, do qual trata o art. 255, há, inclusive, interpretações divergentes quanto às competências exclusiva ou simultânea do Banco Central e da CVM, tendo a questão sido discutida em vários mandados de segurança.

O próprio alcance das decisões da CVM e do Banco Central e as suas responsabilidades pelas orientações adotadas têm sido discutidas em Juízo. Assim, cabendo, nos termos do art. 255, ao Banco Central “zelar para que seja assegurado tratamento eqüitativo aos acionistas minoritários”, cabe indagar até que ponto poderá ser responsabilizado o adquirente do controle que fez a oferta pública, nos moldes fixados pela autarquia. No caso de incorporação de uma instituição financeira por outra, o Banco Central aprova o conjunto das operações (art. 255, § 2º), abrangendo a oferta pública e a incorporação. Em tais hipóteses, o eventual responsável pela lesão de direito do acionista minoritário deve ser o adquirente do controle ou a autarquia federal? Já houve decisão, na Justiça Federal do Rio de Janeiro, excluindo a responsabilidade da CVM, num caso de ação de minoritário, que não se conformou com o preço oferecido no edital aprovado pela CVM, mas a ação tinha peculiaridades, pois o autor do processo tinha dado quitação ao comprador. Em outras situações, discutiu-se se a autarquia devia ser ou não litisconsorte necessário em qualquer ação sobre a matéria. Alguns juízes fizeram a distinção entre as ações anulatórias da oferta pública ou da incorporação, nas quais se discutia tanto o ato comercial como o ato administrativo, e as ações de perdas e danos, que poderiam ser movidas, tão-somente, contra o adquirente do controle. São questões que deram ensejo a vários mandados de segurança, nos quais a Justiça considerou que haveria litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade e o comprador das ações.

A modalidade de cálculo do preço da oferta tem sido estudada especialmente nos casos de venda indireta de controle, mediante cessão de quotas ou ações da **holding**, que pode ter outros bens além das ações da sociedade de capital aberto, e uma análise em profundidade desta matéria foi publicada na Revista da CVM.

Outra questão polêmica é a referente à fixação do preço de emissão, de acordo com os parâmetros do art. 170, que são as cotações das ações no mercado, o valor do patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade. Em recente julgamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo fez prevalecer o valor patrimonial, mesmo quando o valor da cotação das ações em Bolsa era inferior ao fixado na emissão. No caso, a emissão fora feita ao preço de Cr\$ 1,00, sendo a cotação em Bolsa de Cr\$ 0,70 e o valor patrimonial de Cr\$ 3,26. A fim de evitar a diluição do capital, o julgado paulista não permitiu que o aumento fosse feito por preço superior ao vigente na Bolsa. Não há dúvida que a matéria é polêmica e justifica uma reformulação do texto para dar maior segurança às partes.

No tocante ao recesso, o art. 45 da lei determina que o reembolso se faça de acordo com o valor de patrimônio líquido contábil. Ocorre que, muitas vezes, o patrimônio líquido contábil não corresponde ao valor real da sociedade, seja pelo fato de nele não constarem bens intangíveis, seja em virtude da depreciação de determinados móveis ou imóveis. Discute-se, então, se o patrimônio líquido, que deve servir de base ao reembolso deve ser o contábil ou o real. Tanto a letra da lei, como o seu espírito, nos levam a atender ao valor de balanço (atualizado quando decorridos mais de sessenta dias). Há, todavia, uma tendência doutrinária em sentido inverso.

Os problemas de **quorum** qualificados, especialmente nas decisões do Conselho de Administração, também têm justificado divergências doutrinárias. A própria situação do membro do Conselho de Administração, como administrador, é, na realidade, discutível, por ser o Conselho uma espécie de mini-assembléia, sem função administrativa, que exerce as funções de eleger os diretores e de fixar a política geral da empresa.

Problemas de maior complexidade abrangem a regulamentação dos grupos societários e das eventuais responsabilidades da **holding** pela sua subsidiária e a própria definição da nacionalidade da empresa.

Quanto aos grupos societários, os autores do anteprojeto de Lei das S.A. reconheceram que a regulamentação das coligadas e controladas e dos próprios grupos de sociedades tinha sido feita "em forma de tentativa a ser corrigida pelas necessidades que a prática vier a evidenciar". Na realidade, os grupos societários não chegaram a ser efetivamente criados e as raras tentativas acabaram ensejando o recuo dos

empresários, que não queriam aceitar, para as suas empresas, uma verdadeira camisa de força, sem maiores vantagens. A jurisprudência é parca na matéria e a história do direito societário retrata alguns casos de ameaça de recesso e uma polêmica no tocante à utilização da denominação das empresas como pertencentes a um grupo de sociedades.

Alguns processos importantes conscientizaram, todavia, tanto os empresários, como as autoridades e o próprio Banco Central, no tocante à necessidade de um tratamento equitativo nas relações entre coligadas ou entre **holding** e controlada, especialmente quando diferentes as composições acionárias. No direito obrigacional em geral e no direito falimentar, a teoria da desconsideração tem dado uma nova dimensão aos grupos de fato e talvez fosse o caso de compatibilizar adequadamente, nesta matéria, a legislação existente nos diversos ramos do direito comercial.

O problema da nacionalidade da empresa exige a redefinição do estatuto do capital estrangeiro. No particular, o próprio legislador de 1976 preferiu manter a legislação anterior, só aludindo, de passagem, à necessidade de controle por empresa brasileira no caso de grupos societários (art. 269 e parágrafo único).

Outro ponto importante a ser reexaminado é o regime das sociedades de economia mista, desde a sua própria conceituação, que atualmente não é mais a mesma para fins de direito comercial e de direito administrativo, até o problema crucial dos eventuais conflitos de interesses entre o controlador e os acionistas minoritários. O sentido exato do art. 238 não deixou de criar dúvidas no espírito dos advogados e da administração. O mencionado artigo considera a pessoa jurídica de direito público que controla a sociedade sujeita às regras de responsabilidade dos arts. 116 e 117, mas admite a prevalência do interesse público. Não está claro qual a solução adotada quando o interesse público enseja um comportamento da sociedade que causa prejuízos aos minoritários. Dever-se-á entender que, em tal caso, o minoritário deve sofrer o prejuízo como risco inerente à sua condição de acionista de sociedade mista? Ou seria mais justo fazer prevalecer o interesse público e admitir o ressarcimento pelo controlador dos danos causados aos minoritários?

A questão não é meramente acadêmica, e quando consideramos a importância que a negociação de ações das sociedades mistas e de suas subsidiárias representa no mercado, verifica-se que se trata de um problema essencial para evitar futuros conflitos e dar segurança aos interessados.

É também preciso verificar se o novo estatuto das empresas estatais, do qual se cogita há longo tempo, mas que pode atualmente vir a ser elaborado, não entrará em conflito com a legislação societária,

devendo ser lembrado que, de acordo com o princípio constitucional, as empresas mistas se submetem ao direito das obrigações — e, conseqüentemente, ao direito societário — do mesmo modo que as demais sociedades comerciais.

O problema da transparência do balanço também justifica um reexame da regulamentação vigente que se impõe no momento em que voltamos ao clima da estabilidade monetária.

Lembrava TULLIO ASCARELLI, em artigo publicado na Revista italiana de direito processual, que a industrialização da sociedade modifica a função do advogado que assume um papel consultivo e preventivo, em vez de exercer funções forenses e de caráter repressivo. E concluía: evolui-se assim do advogado forense ao advogado-engenheiro.

É o advogado-engenheiro que deve estruturar o novo mundo econômico, conciliando as legítimas preocupações de eficiência e produtividade que preocupam economistas e administradores com a prevalência da moral e da equidade, pois é o advogado que submete a economia aos princípios morais e a escala de valores dominante em nossa sociedade.

Cabe, pois, um momento de reflexão para, num debate público, obter um consenso quanto ao aprimoramento da nossa legislação societária, tendo em vista tanto as necessidades de desenvolvimento do país como o legítimo equilíbrio entre os interesses em conflito.

Durante longo tempo, a sociedade anônima brasileira assemelhou-se à nossa família patriarcal, foi uma sociedade autoritária na qual os eventuais conflitos nem chegavam ao Poder Judiciário, pois eram resolvidos pelo *paterfamilias*.

A abertura da sociedade anônima e o novo contexto legislativo ensejaram um revigoramento do capital nacional e uma posição equilibrada nos conflitos entre o controlador e os minoritários, com garantias e válvulas de segurança de ambos os lados.

Talvez tenha havido algumas distorções, em virtude das quais, num determinado momento, o número de sociedades abertas foi diminuindo e um contencioso relativamente amplo foi sendo desenvolvido, criando uma relativa insegurança que é nociva ao mercado de capitais.

Trata-se, agora, de aproveitar as experiências e de aperfeiçoar o sistema, restabelecendo a ordem e a segurança jurídica, evitando que a democracia societária possa evoluir para a anarquia e o caos. Esta função construtiva há de ser exercida pelos juizes, membros do Ministério Público e advogados em colaboração com as instituições do mercado que fazem frutificar, na vida cotidiana, as idéias surgidas nos laboratórios e nas bibliotecas, até que o legislador possa dar a sua nova contribuição.

Diretor de S.A. e relação de emprego

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz do TRT da 3ª Região, aposentado.
Professor da Faculdade de Direito da
UFMG. Advogado em Belo Horizonte

1. O diretor acionista

1.1 Desde que as sociedades comerciais, como as pessoas jurídicas, em geral, só podem participar da vida jurídica através de pessoas físicas ou de uma pluralidade de pessoas (1), os seus órgãos, há de procurar-se a fonte de sua legitimação.

Ao aludir-se à legitimação para a existência de um órgão de uma sociedade, não se está referindo tão-somente à soma de poderes que lhe sejam entregues ou do desempenho de mandatos, através dos quais intervirá ela eficazmente no tráfego jurídico, mas, antes, a um princípio de incolumidade jurídica, segundo o qual *esse órgão não pode, arbitrariamente, sofrer turbção em sua fisionomia jurídica própria.*

Não resta a menor dúvida que o tema sob exame se encontra circulado no campo de ação da vida privada e, especificamente, em sua área negocial.

Entretanto, é de corrente aceção, desde os autores de direito público, que a vida jurídica de um círculo social se desenvolve dentro de um sistema unitário e composto, em que as normas jurídicas se escalonam e umas colhem de outra a sua legitimação. *Todo o ato humano, para que tenha efeito jurídico ou que esteja sujeito a uma consequência jurídica, tem como referência uma norma jurídica. Esta não só o limita como lhe confere poderes (2).*

(1) Cf. Kelsen, Hans. *Théorie Pure du Droit*. Paris, Dalloz, 1962, p. 200 e Nawiaski, Hans. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Rialp S/A, 1962, pp. 1961 e ss.

(2) Cf. Ferrri, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madrid, Ed. Rev. Der. Privado, 1969, p. 8.

Se autonomia privada não constitui um poder originário ou soberano, se os atos negociais têm como suporte uma norma superior, “que regula sua atuação, estabelece encargos e limitações” (3), norma essa que, dentro da positividade jurídica, é a lei, o suposto da legitimidade e da incolumidade do *órgão* de uma pessoa acha-se de tal forma intrincado na estrutura do ordenamento jurídico que *o bloqueio dos poderes desse órgão ou a sua desfiguração como tal importará em uma afetação de toda a ordem hierarquizada que o legitimou.*

Para que se apreenda, em sua totalidade, a força representativa e indeformável de um *órgão* de uma sociedade anônima, é indispensável se explique a sua legitimidade em termos de vinculação à estrutura normativa de determinada ordem jurídica, como, em suas primeiras linhas, expõe KELSEN:

“A relação entre uma norma de um nível mais elevado e outra de nível inferior, por exemplo, a que existe entre uma Constituição e uma lei sancionada de acordo com ela, significa também que na norma mais elevada se encontra a razão de validade da norma inferior; uma norma jurídica é válida porque chegou à existência da maneira prescrita por outra norma” (4).

A construção do Chefe da Escola de Viena não só assoberbou o pensamento jurídico moderno como serviu, em suas subseqüentes implicações, para esclarecer a aparente desconexão que se via entre atos jurídicos, negócios jurídicos e leis, isto é, entre as normas jurídicas “concretas” e as normas jurídicas “abstratas” ou em maior ou menor grau de abstratividade.

Sob esse aspecto, HANS NAWIASKY fecha, axiomáticamente, a formulação da interdependência dos atos criadores de direito:

“... todos os atos jurídicos, desde a Constituição até o ato de ofício ou o negócio jurídico privado, são inteiramente de uma mesma qualidade; em todo o caso se trata da produção de normas de direito. E desse modo se demonstra a identidade de sua substância, o pertencer a uma mesma categoria: todo direito consiste em normas jurídicas” (5).

A par do preceito de fundo, que afirma seja a lei a causa última de uma obrigação (TITO FULGÊNCIO), o princípio da estru-

(3) FERRI, *ob. cit.*, pp. 51 e ss. e 87 e ss.

(4) KELSEN, Hans. *La Idea de Derecho Natural y Otros Ensayos*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

(5) *Ob. cit.*, p. 80, n. 19.

tura escalonada da ordem jurídica explica e legitima os “estatutos autônomos” (6) como fontes de regras a serem observadas pelos órgãos aplicadores do direito.

Coerentes com essas linhas básicas, que, em etapa ulterior, se desdobram na eficácia das obrigações, seja em decorrência da vontade das partes, pelo negócio jurídico, seja por direta função da lei (7), os autores HANS WILHELMI e SYLVESTER WILHELMI, em comentário à nova lei alemã das sociedades anônimas, expõem que se devem distinguir, na composição personificadora das sociedades, os *órgãos necessários*, por determinação de lei, e os facultativos, que podem ser criados pelos estatutos (8).

Ao leitor menos avisado poderia parecer um truísmo a invocação do fundamento legal na formação de uma sociedade anônima e na conformação dos órgãos que as devem “presentar”, se essa circunstância muitas vezes não passasse despercebida ao aplicador do direito, quando mal lhe examina os requisitos *impostos* ou *permitidos* na sua criação.

1.2 Há em sua focagem interdisciplinar, isto é, examinando-se o fato jurídico de natureza juscomercial sob o prisma do direito do trabalho, singularidades que devem ser ressaltadas.

Uma pesquisa jurisprudencial em superfície, no que reflete o espírito supostamente precavido de empresários, ao levantar decisões concernentes às relações de trabalho de diretores nas sociedades comerciais, sobretudo nas sociedades anônimas, localiza a hipótese sob o verbete “sócio x empregado” e, geralmente, em que, a par de uma relação de emprego anterior ou concomitante, existiu ou existe a condição de sócio ou acionista.

Levada pelo influxo do casuismo defrontado nos Tribunais do Trabalho, a doutrina jurídica trabalhista abriu tópicos expositivos especiais, em que a abordagem sempre parte da coincidência ou da subsequência de situações, a de sócio e a de empregado. Não escapamos a esse topismo (9). Nesses casos, o diretor-eleito sempre é portador de ações, e, em muitos julgados, a tônica da possibili-

(6) Cf. NAWIASKI, *ob. cit.*, pp. 77 e ss.

(7) Cf. ESSER, Josef. *Schuldrecht*. 3. Auflage, Karlsruhe. C. F. Muller, 1968, S. 7 und 8 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2ª ed., Rio, Forense, 1966, v. II — Teoria Geral das Obrigações, pp. 36-41.

(8) Manunterscheidet zwischen notwendigen Organen, die kraft Gesetzes bestehen müssen und fakultativen, die Satzung vorgesehen werden können Aktiengesetz. 3. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1967.

(9) Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*. São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 264 e ss., nº 3. 7.

dade ou da impossibilidade jurídica da coexistência da relação de emprego com a de sócio assenta-se no maior ou menor número de ações do prestador de serviços e/ou diretor, o que, desde logo, se afigura um critério arbitrário.

LUDOVICO BARASSI, todavia, arguto em sua polivalência jurídica (foi civilista e trabalhista), abre os títulos de sua exposição em termos mais amplos e, ao tratar da “subordinação e o binômio empregador e trabalhador”, subtitula a matéria exposta sem o compromisso da qualificação de acionista ou sócio do empregado. Simplesmente, enuncia: “administrador de uma sociedade e dependente seu” (p. 289) e “a relação entre sociedades e administradores” (10).

É interessante verificar que o mesmo e cauteloso tratamento discriminador é imprimido à matéria por MAZZONI, que fala “a qualidade de sócio ou de administrador de uma sociedade” (11).

Não se agarravam os tratadistas, umbilicalmente, à figura do sócio para o exame da relação entre administrador e empregado e isto se explica na própria lei italiana de constituição das sociedades anônimas — o Código Civil, art. 2.380, que, em sua primeira parte, dispõe:

“A administração da sociedade pode ser confiada mesmo a não sócio.”

Anteriormente assim já o era, como se colhe de VIVANTE (12).

Estendendo-se um pouco mais a digressão por sistemas jurídicos estrangeiros, percebe-se que a posição da doutrina se acha umbilicalmente presa às disposições legais de cada ordem jurídica, sob que teoricamente desenvolve o problema.

Bastante elucidativa é a divergência de posições entre MARIO DEVEALI e ERNESTO KROTOSCHIN, ao abordarem os requisitos para eleger-se uma pessoa diretor de sociedade anônima.

O primeiro, referindo-se ao art. 336 do Código de Comércio Argentino, diz: “c) exige que os diretores sejam sócios, diferentemente do que ocorre quanto aos gerentes nas sociedades de

(10) P. 290 de sua obra clássica *Il Diritto del Lavoro*. Milano, Giuffrè, 1949, vol. I.

(11) Cf. MAZZONI, Giuliano. *Manuale di Diritto del Lavoro*. 4ª ediz., Milano, Giuffrè Ed., 1971, p. 344, nº 121 e de PERETTI, Griva, que subtitula “administrador e empregado”. Cf. GRIVA, Domenico Riccardo Peretti, *Il Contratto de Impiego Privato*. 4ª ediz., Torino, di UTET, 1963, p. 158, n. 33.

(12) Cf. VIVANTE, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid, Ed. Reus S/A, 1932, vol. II, p. 291, n. 534.

responsabilidade limitada (13). Já o segundo, em obra de nossos dias, é textual:

“O diretor de sociedade anônima é designado pela assembléia de acionistas ou o conselho de vigilância, em seu caso (Lei nº 19.550, art. 256). Não é obrigatória a qualidade de acionista (art. 256)” (14).

A superveniência da legislação inovadora modificou as bases de equacionamento jurídico da questão e, se correntes doutrinárias perfilham a exigência da qualidade de sócio para eleger-se uma pessoa administrador ou diretor de sociedade anônima, deve-se essa circunstância à imposição ou ao silêncio da legislação, como se exemplifica no direito francês e na doutrina trabalhista germânica.

Somente tais eventos é que explicam a posição de RIPERT, quando, remetendo-se à lei de 24 de julho de 1867, que impunha a qualidade de acionista no administrador, expende:

“O administrador deve ser *necessariamente acionista*. Esta condição é exigida porque, na concepção antiga, ele é um associado gerindo à conta de todos. Como deve ele depositar um número de ações, fixado pelos estatutos, em garantia de sua gestão, é possível exigir, por esse meio, que ele seja um dos mais importantes acionistas” (15).

Acentua-se que RIPERT não via diferença, senão prática, entre o administrador e o diretor de sociedade anônima (16).

Já HUBRECHT, sob a égide das modificações operadas na lei francesa, de 1867, pelos arts. 70 e segs. da lei de 24 de julho de 1966, sobre as sociedades comerciais, mantém-se, *pour cause*, na mesma linha:

“Os administradores devem possuir um certo número de ações da sociedade fixado pelos estatutos” (17).

(13) Cf. DEVEALI, Mário L. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1948, pp. 323/24.

(14) KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 126 (grifos nossos).

(15) RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 2 ème éd., Paris, 1951.

(16) Cf. a terminologia e a acepção diária e corrente entre “administração e diretoria”, “administrador e diretor” em VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. 2ª ed., Rio, Forense, 1958, vol. II, p. 279, nºs 600 e 601.

(17) HUBRECHT, Georges. *Notions Essentielles de Droit Commercial*. 4 ème éd., Paris, Sirey, 1972, p. 143, nº 881.

Assim também se comportam os renomados autores alemães HÜECK e NIPPERDEY, em obra atual, mas anterior à lei alemã das sociedades anônimas, de 6 de setembro de 1965.

Depois de sustentarem que

“a característica da dependência deve ser afastada do conceito de trabalhador também daquelas pessoas que prestam trabalho não com fundamento em um contrato de trabalho, mas de um contrato social, acentuam: é pressuposto que o referido (der Betreffende) esteja atuando em sua qualidade de sócio” (18).

Esse pressuposto encontra-se e não por outras razões, ainda, em NIKISCH (19).

Sucedem que ALFREDO HÜECK, em obra de Direito Comercial (20), portanto no campo específico da disciplina que rege, tutela e assegura as relações entre as sociedades e seus órgãos, incisivamente, após a lei de 6 de setembro de 1965, depois de dizer que a direção da S/A a representa externamente e, internamente a dirige, acrescenta:

“Os membros da direção não precisam ser acionistas. Eles exercem, como se acionistas fossem, as suas atribuições (Befugnisse), não com base em sua posição acionária, mas são convocados pela companhia através de uma especial *designação* para aquela posição e através de um especial pacto de indicação.”

1.3. Como se expõe acima, a personalidade jurídica das sociedades comerciais é reconhecida pela lei, que originariamente lhes estabelece os requisitos de formação e a composição de seus órgãos.

Chama-se insistentemente a atenção para essa circunstância, a fim de que, no afã de aproximar-se de fontes doutrinárias estrangeiras ou de perfis ideológicos incompatíveis com os princípios extraídos da lei, ou, por autorização desta, do estatuto, não se venha a equacionar a posição jurídica de um diretor de sociedade anônima, no direito brasileiro, fora das bases legais ou estatutárias em que se acha ela estruturada.

(18) Cf. HÜECK, Alfred e NIPPERDEY, Hans, Carl. *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 7. Auflage, Berlin-Frankfurt a.M.V. Franz Vahlen, 1963, I. Band. S. 48 u. N. 27.

(19) Cf. NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht*. 3. Auf., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 1º Band. S. 120.

(20) *Gesellschaftsrecht*. 16. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1972, S. 142. N. II

No Direito Comercial Brasileiro, dispunha o art. 116 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (Lei das Sociedades Anônimas), então em vigor:

“A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, *acionistas ou não*, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destituí-los a todo o tempo” (*verbis* — grifos nossos).

No encaicho do dispositivo, como lhe difundindo as luzes, a mais autorizada doutrina nacional não lhe emprestou outro sentido que o de reputar literalmente exequível seu comando.

CUNHA PEIXOTO, com sua autoridade de jurista consumado e Ministro do Supremo Tribunal Federal, é de extraordinária explicitude. Depois de afirmar que a

“... lei brasileira, seguindo a tradição de nosso direito, permite recair a escolha dos diretores em qualquer pessoa capaz, *acionista ou não*” (21),

lembra que a matéria não é de ordem pública e, exceção feita às exclusões do § 4º do art. 116, os estatutos

“poderão vedar aos não acionistas de participarem da administração da sociedade, ou estabelecer outras restrições ...” (22).

A sua vez, MIRANDA VALVERDE repete o texto do dispositivo, ao enunciar “acionista ou não” (23).

EUNÁPIO BORGES é incisivo:

“A não ser que os estatutos disponham em contrário, a qualidade de acionista não é necessária ao diretor” (24).

Sob esse aspecto, sendo expresso o estatuto ao inequivocamente permitir recaia a escolha de membros da diretoria em acionistas ou não, comprova-se a base jurídica da singularidade da ocupação do órgão.

Embora a caução a ser prestada pelo diretor eleito deva ser em ações da própria companhia — fixado seu número nos estatutos — como dispunham, conjugadamente o art. 117, *caput*, combinado com o parágrafo único do art. 28 do Decreto-Lei nº 2.627/40,

(21) PEIXOTO, Carlos Fulgência da Cunha. *Sociedades por ações*. São Paulo, Saraiva, 1973, 4º vol., p. 9.

(22) *Ob. cit.*, pp. 10/11, n. 884.

(23) Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Ob. cit.*, p. 279, n. 603.

(24) BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 470, n. 482.

nada obsta, não sendo ele acionista, se cumpra a condição por outra pessoa, acionista.

Não discrepa dessa orientação a doutrina, cujo magistério não é ocioso transcrever:

“Quando os estatutos não exigem que o diretor seja acionista, pode qualquer membro da sociedade prestar a caução por ele, verificando-se a hipótese” (25).

CUNHA PEIXOTO, depois de ponderar que a caução é instituto de ordem pública, portanto, inafastável, conclui:

“pode ser realizada em bens de terceiro” (26).

Não dissente EUNÁPIO BORGES:

“Se for eleito diretor não acionista, ou, como geralmente acontece — ele adquire pelo menos as ações necessárias para a caução, ou esta será prestada em seu favor, por outro acionista. A garantia é real, repousa sobre as ações, pouco importando, pois, que estas pertençam a este ou àquele. É indispensável, porém, que seja prestada” (27).

A obrigação de caucionar ações da própria sociedade que pareceu a RUPERT um decisivo argumento em favor da condição de acionista para ser-se diretor deixa de ter qualquer sentido, mesmo no pensamento do célebre privatista francês, ao supor que, fazendo coincidir a pessoa do administrador com “un des plus importants actionnaires” (28), a sociedade gozaria de alta garantia e confiança em sua gestão. Hoje, porém, é de corrente sustentação que na maioria das vezes o número de ações caucionadas é irrisório. Praticamente simbólica a caução, dela não advém qualquer segurança para os acionistas, na idoneidade, no zelo dos administradores ou no resultado de sua administração (29).

Em arguta exegese à vigente lei das sociedades anônimas brasileiras (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), FRAN MARTINS, ao analisar o seu art. 146, que condiciona a elegibilidade dos membros do Conselho de Administração à qualidade de acio-

(25) MIRANDA, Valverde. Ob. cit., p. 306.

(26) Ob. e vol. cits., p. 48, n. 929.

(27) BORGES, João Eunápio. Ob. cit., p. 471, n. 483.

(28) Ob. cit., p. 453, n. 1130.

(29) Cf. CUNHA PEIXOTO, ob. vol. cits., pp. 46/47, n. 927 e MIRANDA VALVERDE, ob. e vol. cits., p. 307 e EUNÁPIO BORGES, ob. e p. cits.

nistas, mas não dos membros da Diretoria, adianta, com toda propriedade:

“Trata-se, na realidade, do problema, presente no direito societário atual, da distinção entre propriedade e gestão da sociedade; o Conselho é constituído por pessoas que participam da companhia, têm interesse direto nos destinos da mesma, enquanto que a Diretoria é, na realidade, um órgão técnico, com a finalidade de fazer funcionar a contento a empresa, procurando agir de modo a obter lucros a serem distribuídos entre os sócios” (30).

O fato de o diretor eleito ser ou não acionista da sociedade é irrelevante, como irrelevante vem a ser o número de ações que possua, a despeito de vários julgados trabalhistas se apoiarem na maior ou menor quantidade de ações do empregado diretor para desqualificarem-no como subordinado.

No plano jurídico, investida uma pessoa em órgão de uma sociedade, em virtude de eleição pela assembléia, esse deve ser o ponto de partida para o exame de sua situação, assim como dos efeitos ou conseqüências jurídicas que só daí podem nascer e decorrer.

Atendida pelo diretor eleito a formalidade da caução, consumou-se a sua integração como órgão, como diretor-gerente da sociedade com atribuições definidas em seus estatutos.

Como diretor-eleito, o desenvolvimento de sua atividade pessoal, de seu trabalho, tem como indiscutível causa jurídica o fato de tornar-se ele um órgão da sociedade e agindo como tal é a própria sociedade que por ele age:

“Quando a sociedade age por intermédio de seus administradores, é ela mesma quem pratica o ato jurídico; os diretores, frente a terceiros, são a própria sociedade” (31).

Em princípio, afasta-se, aqui, a relação de emprego, que tem causa jurídica diversa. Nesta, o empregado não será a sociedade e com ela ajustará um contrato intercambial (NAWIASKY).

2. A diretoria e a relação de emprego

2.1. A competência, a esfera de ação e as atribuições da diretoria de uma sociedade anônima são de natureza executiva e representam trabalho, trabalho humano desempenhado por seus órgãos.

(30) MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro. Forense, 1978, vol. 2, Tomo I, p. 320, n. 655.

(31) CUNHA PELXOTO, ob. e vol. cit., p. 4.

A sua vez, é suficientemente explícito MIRANDA VALVERDE:

“O administrador ou diretor eleito pela assembléia geral, ou indicado por quem tenha autoridade para tanto, como nas sociedades anônimas de economia mista, não contrata com a sociedade o exercício das funções. Se o nomeado aceita o cargo, deverá exercê-lo na conformidade das prescrições legais e estatutárias, que presidem ao funcionamento da pessoa jurídica. Adquire uma qualidade, uma situação jurídica dentro do grupo ou corporação, a qual lhe impõe deveres e exige o desenvolvimento de certa atividade a bem dos interesses coletivos. O diretor ou administrador presta, inquestionavelmente, serviços” (32).

Desde logo explica-se, aqui, a filiação obrigatória dos administradores das sociedades na Previdência Social, como segurados.

Os órgãos-diretores, em ação, significam a sociedade-em-sendo, em uma reminiscência a HEIDEGGER, pois somente através deles é que efetivamente realiza, em suas linhas básicas (as de *administração e gestão*), as suas atividades e alcança seus fins práticos.

Sob esse ângulo, sustentam, com correção, os autores ingleses G. ROBERTS e W. T. MAJOR que os diretores de uma sociedade são portadores de uma autoridade executiva e que essa autoridade executiva é derivada dos estatutos (from the Articles of Association) (33).

O princípio da centralização e da unidade de comando faz coincidir os fins, os interesses em vista e fundamentais da sociedade, com a emanção originária de poderes de seus órgãos diretores da própria companhia, no caso representada pela assembléia geral.

Não se poderá jamais minimizar a relevância e a significação da idéia de incindibilidade que preside a inserção e a atuação dos órgãos diretores de uma sociedade, a fim de que não se caia em valas de evasão de fins ou, o que muito importa na sobrevivência da instituição (na acepção unitária que lhe deu HAURIOU), na contradição dos interesses que a fundamentam ou a conduzem.

Como acentua SANTORO PASSARELLI, as pessoas-órgãos da sociedade não são seus representantes, investidos de um distinto poder de agir, mas *atuam a própria capacidade de agir da sociedade de*

(32) VALVERDE, Trajano de Miranda. Ob. e vol. cit., p. 279.

(33) Cf. sua obra *Commercial and Industrial Law*. 2nd. ed., London, Macdonald & Evans Ltd., 1972, p. 197, n. 4.

que fazem parte. Logo abaixo, depois de analisar a posição do sócio administrador, é textual:

“A mesma conclusão se deve chegar também quando o órgão da sociedade seja quem não revista a qualidade de sócio, como pode acontecer com os administradores das sociedades por ações (art. 2.380) e, por vezes, da sociedade por responsabilidade limitada” (34).

A doutrina italiana, indiscrepantemente, exprime-se em fórmula de alta precisão, segundo a qual o órgão de uma sociedade como que nela ou no empregador se funde — *il rappresentante della persona giuridica, datore di lavoro, si immedesima nella stessa persona* (35).

Duas conseqüências iniciais já se podem extrair dessas formulações.

Em primeiro lugar, a vinculação de uma pessoa física a uma sociedade, como órgão, não se funda em uma relação de natureza contratual. Conquanto o ato da eleição e da aceitação seja voluntário e revele, em seu ponto de partida e até em sua execução, o princípio da autonomia da vontade. Instrumental e estruturalmente, ele indica apenas uma forma de coincidência jurídica entre a pessoa investida e o órgão. Melhor dito, ainda, preenchimento dos cargos eletivos nada mais vem a ser do que passar sua realidade dinâmica à estrutura formal predisposta na lei e no estatuto de uma sociedade comercial.

Em sua invulgar objetividade, diz NAWIASKY que se chamam órgãos do Estado aqueles homens cujas declarações de vontade se reputam declarações de vontade do Estado (36). A fórmula aplica-se, em sua exação, às chamadas pessoas coletivas ou morais ou jurídicas privadas, em especial às sociedades anônimas, que agem em suas funções básicas através de seus órgãos. Como faz lembrar BARASSI, transcrevendo enunciado da Corte de Cassação Italiana, para dizer: “Con l’effetto che nei rapporti esterni in ambi i casi,

(34) SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Nozioni di Diritto del Lavoro*. 18ª ed., Napoli, Casa Ed. Eugenio Jovene, 1966, pp. 82/83, n. 41.

(35) MAZZONI, Giuliano. *Manuale di Diritto del Lavoro*. 4ª ediz., Milano, Giuffrè Ed., 1971, p. 345. Cf. ainda, GRIVA, Domenico Riccardo Peretti. *Il Contratto di Impiego Privato*. 4ª ediz., Torino, UTET, 1963, pp. 158/9; A raiz do verbo italiano denuncia uma conotação exata, a idéia da mesmidade entre órgão e sociedade. Cf., ainda na mesma linha e expressão: PASSARELLI, Ob. cit., p. 83; NAPOLETANO, Domenico. *Il Lavoro Subordinato*. Milano, Giuffrè Ed., p. 99, n. 97, e LITALA, Luigi de. *Il Contratto di Lavoro*. Torino, UTET, 1949, pp. 70/1, esp. em que fala em “incindibilidade de funções”.

(36) Ob. cit., p. 161.

il soggetto é uno solo: l'ente impersonato nella persona fisica che lo rappresenta" (37).

Em segundo lugar, os atos praticados pelo diretor-eleito guardam uma causa fundamental e preliminarmente *associativa* e não *intercambial*, em relação à sociedade, aos sócios que o elegeram, o que significa não se admitir, sob pena de cair-se em uma *contradictio in adjectis*, a conversão da causa de inserção em causa diversa. O elemento a desfigurar-se, se assim fosse, não seria o elemento subjetivo, resultante da vontade da pessoa-órgão e da sociedade, mas o elemento objetivo, do interesse unitário e fundamental da empresa, que atua exteriorizando-se pelos seus órgãos constitutivos.

Em postura elementar, MIRANDA VALVERDE reduz a posição jurídica de um diretor-eleito a uma formulação singela, porém correta:

"Mas a simples prestação de serviços, ainda quando remunerada, não basta para configurar o contrato de trabalho ou a locação de serviços" (38).

A prestação de serviços, o desenvolvimento de energias psicofísicas estão compreendidas na atuação dos órgãos da sociedade. Caso contrário, seria um órgão inerte, nocivo e em contradição consigo mesmo.

A sua figura, como tal — como órgão —, parte, no plano jurídico, da causa, do título jurídico, que lhe legitima a posição na sociedade e nela a situa: no plano estrutural e organizacional, diz respeito às funções exercidas ou executadas pelo ocupante do cargo.

Verificados esses supostos, a descaracterização do diretor-eleito, como tal, a sua redução a outra qualidade jurídica e a reimplantação da causa jurídica diversa, de que passaria a definir-se a prestação de serviços a uma empresa, não podem ser objeto de uma elaboração arbitrária ou da imposição indiscriminada de fatos mal elaborados na interpretação jurídica.

Comercialistas e técnicos em organização de empresas não discrepam quanto à indispensável observância de uma certa flexibilidade no relacionamento entre os órgãos diretores de uma sociedade, em que se abriga um vivo núcleo de recíproca colaboração:

"Claro é que a distribuição da competência, quanto à gestão dos negócios sociais, pelos diferentes postos da administração não impede, ao contrário, reclama a cola-

(37) Ob. vol. cit., p. 291.

(38) Ob. cit., p. 279.

boração estreita de todos os diretores ou administradores" (39).

Desde que a lei tenha conferido ao estatuto o poder jurídico de fixar as atribuições dos diretores — na vida interna e nas relações externas da empresa (art. 116, *e*, do Decreto-Lei nº 2.627/40) — salvo as retidas na própria lei (seus arts. 119, parágrafo único, e 120) (40), goza a sociedade de plena autonomia para estabelecer a forma de execução do dispositivo legal, ora impondo círculos estanques de ação, ora atividades em comum, ora um sistema eclético ou "intermediário", como denomina CUNHA PEIXOTO (41).

Não resta a menor dúvida que entre os órgãos diretivos de uma sociedade não existe uma relação de subordinação, mas se há coordenação e se a coordenação vem ditada pela necessária preservação da unicidade de fins a serem alcançados pela empresa, a um órgão há de reservar-se essa tarefa coordenadora, que é a tarefa básica e elementar na estrutura, na organização e no funcionamento satisfatório da instituição.

Com argúcia MIRANDA VALVERDE:

"... A atividade dos órgãos de uma sociedade anônima se há de desenvolver no campo traçado pelo objeto da sociedade. Ele é que determina, no silêncio dos estatutos, a extensão dos poderes" (42).

E, linhas acima:

"O objeto ou fim desta (sociedade), para cuja realização os diretores devem praticar os atos necessários, é que determina, em regra, a extensão dos poderes.

Esses poderes, ou se manifestam na organização interna dos serviços sociais, ou nas relações da sociedade com o exterior. Em ambas as esferas da atividade, *o trabalho dos diretores visa à consecução do fim social*" (43).

Antes de prosseguir na temática que ora nos propomos, nada obsta se advirta que a prestação do trabalho de um empregado a uma empresa, sob a ótica do direito do trabalho, não visa a consecução do fim social, mas o salário. Esse trabalho integra os fins

(39) MIRANDA VALVERDE, *ob.cit.*, p. 293.

(40) Cf. ainda MIRANDA VALVERDE, *ob. vol. cits.*, pp. 295/6, n. 613, que as enumera.

(41) *Ob. e vol. cits.*, p. 27, n. 904.

(42) *Ob. e vol. cits.*, p. 299.

(43) *Ob. e vol. cits.*, p. 297.

empresariais, como resultado econômico, não como objeto específico da atividade.

Ressalve-se que uma empresa em ação significa a soma das atividades dos que nela laboram: administradores e/ou empregados.

Ao enfrentar-se o problema jurídico das relações entre diretores de uma sociedade, se vários são eles, não se pode escapar à penetração de seu suporte técnico, isto é, a natureza organizativa, a estrutura e a sistematização da empresa como um todo, que se institui para a realização de fins ou a consecução de certos objetivos.

Nesse aspecto, adverte AUBERT-KRIER:

“... Antes, entretanto, de entrar no detalhe do funcionamento de uma empresa, é bom interrogar-se de sua *função essencial* ou primordial, de que as *funções* mais particularizadas não são, no fundo, mais do que desmembramentos” (44).

O extraordinário teórico de organização das empresas GEORGES DE LEENER, depois de equacionar que ela repousa no estabelecimento de relações interpessoais apropriadas, insiste em que se deva constituir a sua estrutura de regras administrativas que tenham por objeto ajustar ditas relações às diretrizes essenciais da organização (45).

Invocando FAYOL e sua escola, LEENER arremata o sentido básico da organização e da sistematização, através das quais uma empresa somente poderá alcançar seus fins uniformes se, em sua estrutura, se atender ao princípio da unidade de comando, a que corresponderá a coordenação de todos os seus órgãos e de seu pessoal, a fim de que se evitem iniciativas desordenadas, desgravitações de comando, acaso desconexionados com as operações fundamentais na execução do programa, pois este há de ser calcado nos objetivos essenciais da empresa.

A unidade e/ou a coerência básica da administração de uma sociedade vem ressaltada pelo autor belga nesses preceitos da escola de FAYOL:

“Um só programa para um conjunto de operações que persigam o mesmo fim. Esta é a condição necessária da unidade de ação, da coordenação de forças e da convergência de esforços” (46).

(44) AUBERT-KRIER, Jane. *Gestion de l'Enterprise*. Paris, Presses Universitaire de France, 1962, p. 140.

(45) *Tratado de Organización de Empresa*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 129, n. 2.

(46) Ob. cit., p. 162, n. 2.

Ora, a vocação centrípeta das atribuições dos diretores de uma sociedade anônima, tendo como ponto de referência inicial as atribuições e os poderes do Diretor-Presidente, não reflete senão o espírito de coordenação e de uniformidade de ação que deve presidir a marcha dos negócios da empresa.

A centralização, *ultima ratio*, do sistema de coordenação e de disposição dos negócios empresários nas atribuições do diretor-presidente guarda fidelidade com os princípios fundamentais da organização da empresa, na consecução de seus objetivos e deve ter por primeiro escopo obstar a desagregação e/ou dispersão de suas forças operacionais, a começar por seus órgãos diretores.

É de muita ilustração lembrar essa passagem de DRUCKER:

“O chefe executivo raciocina através do negócio em que se empenha a companhia. Cria e estabelece objetivos gerais. Toma as decisões básicas necessárias para que sejam atingidos esses objetivos” (47).

Na França, a figura do “presidente-diretor geral”, que não desapareceu com as modificações legais ulteriores (até a lei de 24 de julho de 1967), “encarna hoje o poder de direção de uma sociedade”, nas palavras de RIPERT (48).

Na expressão de POUDEROUX a função do diretor-presidente *decide* o destino da empresa (49).

A fórmula da direção comunitária, adotada por uma empresa, atenua a exteriorização dos poderes centrais e gerais conferidos ao diretor-presidente, que terão por limite as atribuições técnicas de cada diretor, nitidamente conformadas nos estatutos da sociedade.

O formar-se, na administração da empresa, um verdadeiro “gabinete executivo”, composto pelo Quadro da Diretoria (50), não exclui a necessidade de manter-se a todo momento atuante o princípio unitário das deliberações *essenciais* aos objetivos da sociedade, seja em atos de resíduo estatutário, seja em atos de oportunidade, a par das tarefas a serem executadas e já atribuídas a qualquer dos demais diretores.

Ao conferir-se autonomia ao estatuto para repetir atribuições e fixar poderes aos diretores das sociedades anônimas, a ordem

(47) DRUCKER, Peter F. *Prática de Administração de Empresa*. Rio, Fundo de Cultura, 1962, p. 232, vol. I.

(48) Ob. cit., p. 464.

(49) AUBERT-KRIER. Ob. cit., p. 148.

(50) Cf. DRUCKER, ob. e vol. cit., p. 247.

jurídica tutela, sob plano da legislação específica — a legislação comercial —, a incolumidade dos atos por eles praticados e lhes assegura os efeitos jurídicos que deles venham a decorrer.

O que se pretende demonstrar é que a maior ou menor soma de poderes conferida a esse ou àquele diretor e a centralização das atribuições básicas coincidentes com os destinos da empresa em um deles não lhes desfiguram, a qualquer um, a qualidade de diretor-eleito, órgão da sociedade, que internamente a dirige e, externamente, a *presenta*.

Incensurável é o ponto de vista de EUNÁPIO BORGES:

“Os estatutos devem determinar as atribuições de cada diretor assim como os poderes, de ordem interna e externa, em que são investidos. Geralmente a representação da sociedade, ativa e passiva, judicial e extrajudicial, é conferida ao diretor-presidente.

A lei, porém, não impõe qualquer critério para essa atribuição de funções que os estatutos costumam deixar a critério dos poderes diretores⁽⁵¹⁾. Dir-se-ia, com mais precisão, “a critério da assembléia geral”, que, como força representativa do capital e, portanto, da vontade social, é o seu órgão dominante. O parágrafo 78 da lei alemã de setembro de 1965 não dispõe de outra forma, a respeito da mobilidade da representação da sociedade”⁽⁵²⁾.

Não se deve esquecer nunca que o diretor, como órgão da empresa, presente (PONTES DE MIRANDA), *in acto* ou *in fieri*, os interesses dela.

Tanto isso é verdade que, outorgada por ele uma procuração, a sua morte não extingue o mandato, pois mandante é a sociedade e não ele⁽⁵³⁾.

A avaliação dos interesses e a sua identificação ou não com os fins sociais da empresa, quando se estendam as atribuições recomendadas a um diretor, tornam-se elemento da mais alta ponderabilidade para ter-se ou não por abalada a condição de órgão da sociedade e por vislumbrar a interferência de outra causa jurídica no relacionamento entre os seus órgãos.

A soma de poderes representada pelo diretor-acionista-maioritário, que joga com a faculdade da destituição *ad nutum* de outro

(51) Ob. cit., p. 473.

(52) Cf. GODIN e WILHELMI, ob. e vol. cits., pp. 379 e ss.

(53) Cf. MIRANDA VALVERDE, ob. e vol. cits., p. 300, n. 617, e CUNHA PEIXOTO, ob. e vol. cits., p. 34, nº 916.

qualquer membro da sociedade, da diretoria, não é elemento decisivo nas desfigurações do cargo. A faculdade em si, potencialmente pressentida, não basta para isso. Somente o exercício do poder em desvio de interesses é que servirá de critério para examinar-se se houve ou não a perda virtual da qualidade de diretor-eleito e superposição de causa jurídica de outra índole, que seria, no caso, a de diretor-empregado.

3. *Diretor técnico de S.A. Remuneração e relação de emprego*

3.1. Os diretores de sociedade anônima prestam-lhe serviços e percebem, por esses serviços, uma remuneração. Nada mais curial.

Não se trata de retribuição pelo capital investido, cuja titularidade confere ao acionista. Trata-se, em realidade, de remuneração por serviços prestados, pelo desempenho, pelo zelo e pela eficiência na direção do negócio social ⁽⁵⁴⁾.

A lei alemã de setembro de 1965 não oculta, pelo contrário, declara-o expressamente, a natureza contraprestativa de serviços dos membros da diretoria (aos membros da diretoria por sua atividade — für ihre Tätigkeit — pode ser concedida uma participação).

No direito previdenciário brasileiro, essa natureza salarial contraprestativa acha-se inferida pelo recolhimento de contribuições previdenciárias dos diretores de sociedades comerciais em 8% do salário de contribuição, além dos 8% devidos pela empresa, da mesma forma em que o é para os empregados ⁽⁵⁵⁾.

A explicitude de CUNHA PEIXOTO não deixa campo a dissertações:

“A lei manda estipular os honorários dos diretores. A gratuidade dos serviços daquele que emprega seu tempo na direção de uma empresa é contrária aos princípios do direito comercial. Não se compreende que quem dirija uma sociedade comercial, dando em seu favor o melhor de seus esforços, assumindo não pequenas responsabilidades, exerça o cargo sem nenhuma retribuição, satisfazendo-se com os lucros que lhe tocarem na partilha” ⁽⁵⁶⁾.

E MIRANDA VALVERDE, em fórmula precisa, não foge à aceção:

“... O exercício das funções de diretor há de ser remunerado. Não se alegue que quem dirige uma sociedade

(54) Cf. o § 7.º do art. 116 do Dec.-Lei 2.627/40.

(55) Cf. Lei 3.807/70 — arts. 5º, III, 69, I e III, com a redação dada pela Lei 5.890/73, em seu art. 1.º

(56) CUNHA PEIXOTO, ob. e vol. cit., p. 20.

de fins lucrativos e assume responsabilidades não pequenas exerça o cargo sem nada receber” (57).

Tanto assim é que as formas de incidência dessa remuneração tomam como suporte ou o trabalho em si, em pagamentos de importâncias fixas mensais, ou os resultados obtidos em cada exercício financeiro, de importâncias variáveis, cujo percentual recai sobre o saldo do lucro líquido da sociedade.

A legitimidade da contraprestação social funda-se na lei e ganha peculiaridades nos estatutos, a que se defere o poder jurídico de estabelecer o modo de seu pagamento (Lei 2.627, art. 116, § 1º, letra b, combinado com seu art. 136).

Nada impede consista essa remuneração em uma parte fixa e outra variável ou em uma forma mista, uma remuneração mensal e uma participação nos lucros líquidos da sociedade (58).

A variação da remuneração dos diretores, desde que se atenda aos mesmos procedimentos formais de seu estabelecimento anterior (pelo estatuto ou pela assembléia, diretamente), não encontra qualquer obstáculo na organização societária e na legislação comercial. Nada impede sejam os honorários aumentados ou restringidos, mormente a parte variável, reflexo da potencialidade financeira da empresa na obtenção de seus resultados (59).

3.2. A função de um diretor técnico na dinâmica de uma empresa industrial inculca-se no processo produtivo em si, compõe-se desde o preparo da matéria-prima ou sua entrada até a entrega do produto acabado.

A instalação, o funcionamento e a conservação da maquinária, assim como todas as operações, principais e acessórias, diretas ou/colaterais, no curso da elaboração técnica ou em linhas de apoio que digam respeito à especificidade da atividade e aos fins da empresa, têm como centro de comando a diretoria técnica.

Em suas bases, a função técnica domina a conjugação dos fatores componentes e atividades da confecção de um produto e nela se centraliza a empresa, como a sua alma e a sua vida.

Os serviços da “produção”, diz LEENER, constituem a engrenagem essencial “de uma unidade industrial organizada” (60).

(57) Ob. e vol. cits., pp. 288/289.

(58) CUNHA PEIXOTO, ob. e vol. cits., p. 289, e EUNAPIO BORGES, *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio, Forense, 1967, p. 471, n. 484.

(59) CUNHA PEIXOTO, ob. cits., pp. 20/21, e MIRANDA VALVERDE, ob. e vol. cits., p. 289.

(60) Ob. cit., p. 434.

AUBERT-KRIER, em uma postura sintetizadora, emprega o termo “função técnica” como sinônimo de “função da produção” porque ele é mais amplo e permite ter em conta todos os serviços que participam da fabricação propriamente dita. Esses serviços, no sistema organizacional e escalonado da hierarquia do trabalho, tem sua torre de comando e de acionamento na pessoa do “diretor técnico” ou “diretor de produção” e que abriga, além do planejamento aplicado, a preparação do trabalho; o aperfeiçoamento dos métodos de produção, a coordenação geral dos serviços afetos à área, o melhor aproveitamento da matéria-prima, os entretempos na escala produtiva, a linha disciplinar e o relacionamento pessoal das atividades subordinadas (61).

Há um parêntesis a abrir: o diretor representa um sistema de relações, que são *externas* e *internas*, no que concerne à vida da sociedade.

Quando se alude à distinção entre relações externas e internas de órgãos da sociedade, tem-se em mente que essa distinção poderá significar uma dissociação entre a eficácia (externa) dos atos jurídicos praticados pelo diretor (perante terceiros) que se preservam e as novas formas comportamentais que venham a surgir em sua posição (interna) na empresa e de que fatalmente poderão resultar efeitos outros que os não tipicamente comerciais (orgânicos).

Por isso, ainda que não se tenha extinguido a originária legitimação do vínculo orgânico entre o diretor e a sociedade, a sua fisionomia jurídica começa a mover-se, a perder a fixidez de contornos, como na superfície da água ao sabor de ondulações intermitentes.

A despeito da centralização orgânica originária, as atividades do diretor, como diretor-técnico, vêm a sofrer interceptações direcionais, rarefeitas e periféricas, gerais ou complementares.

Ora, se um diretor, a despeito da centralização orgânica originária — como diretor-técnico — passa a sofrer, no perímetro de seu comando, interceptações direcionais, ainda que rarefeitas e periféricas, gerais ou complementares, da parte de outros órgãos da sociedade, reduz-se o campo de autonomia de sua anterior disponibilidade administrativa.

Os atos que, antes — ao tempo de diretor gerente, v. gr. —, poderiam escoar-se normal e consecutivamente da explicação estatutária como atribuições nela compreendidas, viriam a imiscuir-se de interferência de outros órgãos, sobretudo do diretor-presidente, cuja função coordenadora, intensificada, se transmuda e ganha

(61) Cf. algumas anotações a AUBERT-KRIER, Jane, ob. cit., pp. 166-172.

uma feição diretiva ampla, que vai atingir, limitando-a, a indiscriminada mobilidade do diretor-técnico.

Ainda que ocorram tais intercepções do diretor-presidente, na verdade elas podem coincidir com o leque das obrigações estatutárias do outro diretor, como o diretor-gerente.

Essa coincidência, todavia, vem a faltar agora com a perda da base da individuação das atribuições estatutárias do diretor-técnico e o diretor-presidente; mesmo acionando seus poderes gerais e básicos de orientação à sociedade segundo seus destinos, assume a qualidade de órgão determinador de faixas de atividades do diretor-técnico, sem afetar-lhe, é verdade, a específica esfera de mando executivo inerente à sua função, cargo de alta fidúcia na empresa.

A superveniência de diretrizes, sem a correspondente base estatutária de um diretor-técnico, importa no gradual desfiguramento interno da qualidade de órgão da sociedade, que se transmuda, em empregado-dirigente-técnico, como o nomeia a doutrina italiana, a par do art. 2.095 do código civil peninsular.

As linhas limítrofes, em tais hipóteses, não são facilmente acessíveis.

Como expõe DE LITALA, na esteira de PERGOLESI,

“O dirigente é o colaborador mais ativo e imediato do empresário; a sua função típica — assinalada por uma atividade que se expande no âmbito da empresa ou de uma parte autônoma sua (dela), considerada como organismo unitário — consiste principalmente na coordenação e no controle geral das diversas atividades de ordem administrativa e técnica, que se desencadeiam em diversos serviços, funções, repartições de operações etc., nas quais, por exigência da divisão do trabalho, necessariamente se cinge a organização produtiva” (62).

RIPERT, sem ocultar as dificuldades de um preciso equacionamento do problema, funda-se no título jurídico, através do qual se liga o diretor-técnico à empresa:

“É preciso não confundir diretor-geral da sociedade nem o administrador-membro do comitê de direção com o diretor-técnico. Este é um empregado superior ligado à sociedade por um contrato de trabalho. Na prática, há, às vezes, confusão, porque o diretor-técnico pode ser, tam-

(62) Cf. LITALA, Luigi de. *Contratti Speciali de Lavoro*. Torino, UTET, 1958, pp. 412/3.

bém, ele, escolhido pelo conselho de administração e que usa, às vezes, apenas honorificamente, o título de diretor-geral. A distinção, portanto, é muito importante: o diretor-técnico ligado à sociedade pelo contrato de trabalho não poderia ser, na duração do contrato, despedido sem indenização, enquanto o diretor-geral é sempre revogável” (63).

A essa colocação responde PASSARELLI, um passo adiante, ao denunciar o elemento-condição que transforma um órgão da sociedade em empregado-dirigente:

“O órgão social de fato se funde (s'immedesima) com a organização, de que é parte, enquanto por ela age, que de outra maneira não poderia fazer, não vindo a encontrar-se em condições de subordinação com respeito à sociedade de cuja estrutura é parte essencial” (64).

No dia-a-dia dos fatos intra-empresariais, em seu irrefreável acontecer (das Geschehen), as relações entre o dirigente máximo da sociedade, o diretor-presidente e o diretor-técnico, insensivelmente vão-se mudando e arredando os marcos jurídicos das atribuições deste para os terrenos da contratualidade.

É que a doutrina, unissonamente, qualifica de assunção de uma situação subordinativa.

O deslizamento para o contrato revela-se em formas elevadas de intervenção objetiva na atividade de diretor-técnico que nem por isso deixa de ser um alto dirigente da empresa, mas sob as vestes da relação de emprego.

Reconhecidamente, se a prestação passa a ser executada sob a forma de dependência, em que a causa jurídica da relação não mais se equaciona, em sua inteireza, sobre as bases de uma qualificação orgânico-estatutária, desenha-se em termos inquestionáveis a figura do empregado, aqui, alto empregado (65).

É mister salientar-se que aqui não se está acenando para a hipótese deliberada de encobrimento de uma relação de emprego, mas se está caminhando em linhas limítrofes, mas definidas, em

(63) Ob. cit., p. 466.

(64) Ob. cit., p. 83.

(65) Cf. HUECK-NIPPERDEY. *Lehrbuch des Arbeitsrechts*. 7. Auflage, Berlin-Frankfurt a.M.V. Franz Vahlen, 1963, 1. Band. S. 46, N. 27 — que fala em “dependência da sociedade” e NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht*. 3. Auf., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 1º Band. S. 120, N. 3, quando aponta para a conversão da situação de “coordenação” para a de supra e de subordinação das partes.

que a situação jurídica oscila entre a natureza do cargo ocupado, os poderes e a fonte dos poderes que lhe são atribuídos, como órgão de uma sociedade e a presumida identificação de interesses jamais contrastantes, como dizia GIUSEPPE D'EUFEEMIA, ao lembrar o conflito básico, subjacente em um contrato de trabalho, que chega a sua expressão máxima no direito de greve, inconcebível em um órgão que se confunde com a própria sociedade ⁽⁶⁶⁾. Vejam-se as soluções mais díspares da jurisprudência francesa, sobretudo na cumulação de cargos, entre um diretor-técnico e um mandatário social, apontadas por G. H. CAMERLYNCK ⁽⁶⁷⁾.

Prudente deve ser o comportamento do analisador em tais casos, cuja solução traz, entre suas mais graves consequências, a invasão do campo próprio e reservado de uma disciplina jurídica — o direito comercial — por outra disciplina — o direito do trabalho, que tem como suporte inicial de aplicação a caracterização da relação de emprego.

Atento a essa peculiaridade, ponderou o ilustre Tribunal Superior do Trabalho:

“Há que se distinguir entre o exercício do cargo de confiança *stricto sensu* e o emprego que foi eleito diretor de uma sociedade anônima por assembléia de acionistas” — 3ª T. — RR 648/72. Rel. Min. Barata Silva, in *Rev. do TST*, ano 1972, p. 15. Ementa nº 2.

Sob o aspecto formal a distinção faz-se em virtude da “relação orgânica” do diretor-eleito, em contraposição à relação contratual do diretor admitido pela sociedade, através de um de seus órgãos.

A partir do momento, entretanto, em que, por uma fresta aberta na relação orgânica, o sistema de relacionamento de diretor-eleito, em atribuições internamente predeterminadas — vai-se modificando, em sua substância, por força da gradual intervenção em sua atividade de atos direcionais de outro órgão, como diretor-presidente da sociedade, principia a emergir, desse acontecer, uma relação nuclearmente nova, a de emprego.

Assentados em um lúcido esquema de JACOBI, sustentamos:

“A determinabilidade que se dá no *quê*, no *como*, no *quando* e no *quanto* prestar é que leva a uma das partes,

(66) Cf. Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro — *Il Rapporto di Lavoro*. Dir. por LUIZA RIVA SANSEVERINO e GIULIANO MAZZONI, Padova, Casa Ed. Antonio Milani, 1971, vol. II, p. 155.

(67) Cf. CAMERLYNCK G. H. *Traité de Droit du Travail. Contrat du Travail*. Paris, Dalloz, 1968, pp. 76/77. Cf. a colocação de MARCANTONIO, Amleto di. *Appunti di Diritto del Lavoro*. Milano, Giuffrè, 1958, p. 15, que fala em “sócio ou não”.

o credor do trabalho, a constante ou contingentemente intervir na atividade do prestador. Eis aí o que se entende por *subordinação*, vista sob o ângulo *objetivo* e que abarca casos e hipóteses não alcançadas pelo critério personalista clássico tradicional de equacionar-se a subordinação como um poder de dirigir a que corresponde um dever do trabalhador de obedecer” (68).

Como a *subordinação* é um elemento *gradual* e *relativo* (69), deve ela, na hipótese examinada, receber o tratamento condizente com a natureza da função exercida pelo alto prestador de serviços, que tem poderes de mando, de coordenação, de gestão e de representação, mas em cuja atividade aparece, quase sempre, a possibilidade ou a efetividade jurídica de constante interceptação do poder de outro órgão da sociedade, da empresa, mais representativo em sua escala diretiva orgânica: o diretor-presidente.

As limitações aos poderes do órgão que determina (70) não desfiguram a *subordinação*; dosam-na, apenas, em razão da natureza da função e do grau hierárquico do trabalhador na empresa.

A força jurígena de tais fatos encontra incisiva ressonância na doutrina jurídica, ao versar a natureza jurídica dos chamados cargos de diretor-técnico que propendem para a relação de emprego e que, muitas vezes, não são sequer cargos de confiança.

J. ANTERO DE CARVALHO, em capítulo circunscrito aos cargos de diretor-técnico, escora-se no magistério de J. LESCUQUIER DE BAUDRY WAHL, ROUAST e transcreve passagem de PAUL PIC:

“A distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de mandato permite, também, precisar a diferença que separa o diretor-administrativo de uma sociedade do dire-

(68) Cf. VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de Emprego*, pp. 229/30. Na nota 178, citam-se autores — entre eles D'EUFEMIA, GHIDINI, MAZZONI e, no Brasil, DÉLIO MARANHÃO, para os quais indeterminação das prestações leva à subordinação, em vista da permanente necessidade de serem elas determinadas, através de atos que constituem direção e, portanto, poder de comando. A determinação alheia volta, com peculiaridade, na doutrina alemã, como se vê em ALFRED SÜLLNER, que insiste no “*fremdsestimmt Arbeit*” prestado. Cf. sua obra *Arbeitsrecht*, 4. Auflage, Atuttgart-Berlin-Mainz, 1974, pp. 26/27, n. 1.

(69) Cf. ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona, Bosch, 1960, pp. 120 e ss. e CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Jurídica e Universitária Ltda., T. 1., pp. 252/3.

(70) Cf. FERRARI, Francisco de. *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Ed. Depalma, V. II, p. 99, nº 61.

tor-técnico: o primeiro é um mandatário do conselho de administração; o segundo é um empregado superior” (71).

Dá-se, no caso, a incidência dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

4. *Empregado eleito diretor. Vínculo jurídico*

4.1. Como expediente, visando à elisão da relação de emprego ou como realidade resultante de uma necessidade empresarial, de um lado, e de interesse do emprego, de outro, é fato comum alçarem-se empregados à condição de diretor-eleito.

Muitas vezes, a passagem dá-se pelo aproveitamento de um empregado ocupante de cargo de confiança, cuja situação se modifica apenas em que passa ele a deter ações da empresa e a ser titular de um posto de natureza eletiva.

De relação contratual, passa-se a uma relação orgânica, através da qual o prestador de serviços se torna órgão da empresa e, em tal hipótese, incumbe ao pesquisador observar uma circunstância inarredável: a relação orgânica acha-se, de uma forma ou de outra, umbilicalmente ligada à anterior, a trabalhista, de que se originou ou de que decorreu.

Essa circunstância, se não contamina a relação orgânica, pelo menos autoriza que seja ela vista não simplesmente sob o prisma do direito comercial, das regras autônomas e estatutárias que explicam a posição jurídica do diretor-eleito, mas a torna, sob certo aspecto, conceitualmente comprometida com a situação anterior de empregado. Tal comprometimento autoriza, no plano jurídico, que também se desloque o exame da condição de diretor para o campo do direito do trabalho.

A vinculação de um diretor-eleito — v. gr., o chamado diretor-adjunto ou um diretor inominado (simplesmente, diretor) — com a sociedade, se goza de regência plena pelas regras mercantis e colhe sua direta fonte na Lei das Sociedades Anônimas, não impede que o entrelaçamento dos fatos resultantes do acontecer diário daquele órgão seja analisado também dentro do quadro conceitual da legislação trabalhista.

Aliás, as implicações da superposição jurídica de disciplinas diferentes (o direito do trabalho sobre relação formalmente constituída à luz do direito comercial) vão a tal grau de intensidade que,

(71) Cf. *Cargos de Direção no Direito do Trabalho*. Rio, Eds. Trabalhistas S/A., 1974, p. 73. Cf. ainda as exposições de pp. 66 a 75.

no tocante a empregado eleito diretor, já chegou a decidir o E. Tribunal Superior do Trabalho:

“O empregado eleito diretor de sociedade anônima não perde, por tal fato, a qualidade de empregado” — TST — Proc. 976/52 — Rel. Min. Antonio Carvalhal, *Rev. do TST*, 1975, p. 108, cit. por CARVALHO, J. ANTERO DE, *Cargos de Direção no Direito do Trabalho*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1974, p. 258, nº 8.

Duas outras manifestações ocorreram naquele ilustre Tribunal e cuja transcrição se impõe, tal a sua incisividade:

“Nenhuma controvérsia existe entre os doutrinadores quanto à existência ou à conceituação do contrato de trabalho, quando o empregado é eleito diretor de uma sociedade anônima. . .

De fato, se analisarmos o problema sob o aspecto formal, como no substancial, verificamos que não há razão alguma de ordem moral, jurídica ou social que determine a perda de condição de empregado para aquele que foi chamado a fazer parte da diretoria. Seria profundamente injusto se tal ocorresse, já pelo dado humano, como também subsiste o contrato de trabalho se quisermos distinguir entre a pessoa jurídica da sociedade e a pessoa física de empregado eleito diretor”. . . “Não se diga também que, sendo o diretor encarregado de exteriorizar a vontade social, o contrato de trabalho ficaria dependente de seu arbítrio, podendo, então, ser modificado ou alterado a bel-prazer.

A esta objeção lembraríamos que a lei não permite que o interessado diretor participe de resolução atinente às suas relações com a sociedade, as quais ficam sempre na dependência da iniciativa e do assentimento das assembleias gerais” — TST — Proc. 2.533/48. Rel. Min. Delfim Moreira Júnior. *Diário da Justiça*, de 17-2-49, p. 713, cit. por ANTERO DE CARVALHO, ob. cit., pp. 258/9.

“O empregado eleito diretor tem a mesma situação daquele que foi designado para exercer função de confiança, de que trata o art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho”. TST — Proc. 1.095/47. Rel. Min. Delfim Moreira Júnior. *Diário da Justiça*, de 20-10-47, cit. por ANTERO DE CARVALHO, ob. cit., p. 259.

Essa posição em seu timbre extremado não se manteve e a jurisprudência daquele Alto Colégio partiu de um critério distin-

tivo de relações jurídicas, com precisão compendiado nesse aresto da lavra do Ministro Barata Silva:

“Há que se distinguir entre o exercente de cargo de confiança *stricto sensu* e o empregado que foi eleito diretor de sociedade anônima, por assembleia de acionistas”. TST — 3ª T — RR — 648/72, in *Rev. do TST*, ano 1972, p. 187. Ementa nº 2.”

Entretanto, em princípio, a eleição de empregado a diretor assume aspectos peculiares quanto à qualificação deste e quanto aos efeitos jurídicos que possam daí advir, não se falando do resíduo da condição de empregado na situação de diretor nem na condição de concomitância de situações jurídicas, entre um e outro. Há decisões nesse sentido:

“Como expressamente ficou convencionada a manutenção do vínculo empregatício, para o empregado assumir e exercer função de diretor eleito, computa-se o tempo de diretoria como se fosse de relação de emprego”. TST — 3ª T. — RR 1.858/73. Rel. Min. Tardieu Pereira, in Bomfim, B. Calheiros e Santos, Silvério dos. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1975, p. 176. Ementa nº 1.206.

“É de se computar como tempo de serviço, para todos os efeitos legais, o prestado por diretor de sociedade anônima, titular de cargo efetivo na empresa.” TRT — 3ª Reg. 1ª T. Proc. 2.118/74. Rel. Juiz Messias Pereira Donato, in Bomfim & Santos, ob. cit., 13ª ed., 1976, p. 203. Ementa nº 1.372.

“Rescisão indireta. Diretor de sociedade anônima. Mora salarial. Admite-se a concomitância da condição de sociedade anônima e de empregado, pela continuação do desempenho das mesmas atribuições anteriores e atinentes a essa última condição.” TRT — 4ª Reg. — Proc. 759/76 — 2ª T. Rel. Juiz Alcina T. A. Surreaux. *Rev. do TRT* da 4ª Reg., nº 10, ano XI, 1977, p. 182. Ementa nº 3.372.

“O exercício cumulativo de cargo técnico com cargo de direção de sociedade anônima não fere a continuidade do tempo de serviço, porque o contrato de trabalho permanece íntegro na executividade de suas cláusulas”. TRT da 3ª Reg. — 2ª T. RO 661/72. Rel. Juiz Messias Donato, in Prunes, José L. Ferreira. *Cargos de Confiança no Direito Brasileiro do Trabalho*, S. Paulo. Ed. LTr., 1975, p. 53.

Mais se adensa a comistão de situações e mais se avizinha a permanência da qualidade do empregado — embora ocupante de cargo de confiança — se, mesmo depois da eleição a diretor, as funções ou permanecem as mesmas ou em quase nada se diferenciam das anteriormente exercidas ou se o diretor continua tendo seu comportamento na empresa condicionado por determinações de outros órgãos da administração, tais como o diretor-presidente, a diretoria, em si, o diretor vice-presidente ou outros órgãos que se lhe sobreponham em poder geral de comando.

A passagem de empregado a diretor, com a aquisição de pequeno número de ações, pode, ainda, encobrir o aproveitamento do trabalho fiduciário de um prestador de altas qualificações, através de uma fórmula sempre hábil, a eletividade, através da qual a empresa procura furtar-se à aplicação da legislação do trabalho ou, quando muito, com ela a não preocupar-se.

Atenta a tais fatos, a jurisprudência vem se manifestando no sentido da preservação da qualidade de empregado, sobretudo quando as linhas demarcatórias entre a atividade decorrente da condição de diretor eleito e a da condição de alto empregado se tornam quase imperceptíveis.

O próprio Ministro Barata Silva, no primeiro aresto acima ementado, sustentou:

*“O autor não deixou de ser empregado pelo fato de ser eleito diretor e, conseqüentemente, deve prevalecer a maior remuneração nos termos da lei, no cargo efetivo, atualizado pelos aumentos concedidos aos demais empregados”. TST — 3ª T — Proc. nº 648/72, cit., agora in Bonfim & Santos, *Dicionário...* cit., 12ª ed., 1975, pp. 176/7. Ementa nº 1.209.*

A E. Terceira Região pontuou:

*“A ereção do empregado a sócio, permanecendo ele nas mesmas funções que vinha exercendo anteriormente, não afasta a vinculação empregatícia, figurando aquela mutação como tentativa frustrada de mascarar a relação de emprego”. RO-3.015/73 — 2ª T. Rel. Juiz Alfio Amaury dos Santos, in *Rev. do TRT da 3ª Reg.*, nº 25, junho/76, p. 406. Ementa nº 7.*

Como pontuou a E. 4ª Região:

“Ação declaratória. Vinculação empregatícia. Diretor de sociedade anônima. Não há incompatibilidade entre o exercício de cargo de diretoria de sociedade anônima e a condição de empregado, quando este último detém parcela

inexpressiva do capital social e ao mesmo não é atribuído o comando acionário da empresa.” Proc. nº 3.761/74. 2ª T. Rel. Alcina T. A. Surreaux, in Bonfim & Santos, ob. cit., 15ª ed., 1978, p. 146. Ementa nº 1.006.

“Empregado eleito diretor de sociedade anônima, que desempenha sob subordinação, com presença dos elementos do liame empregatício, deve ter somado este tempo de serviço àquele anterior para todos os efeitos legais.” TRT — 3ª Reg. RO-3.081/75 — 1ª T. Rel. Juiz José Carlos Guimarães, in *Rev. do TRT da 3ª Reg.*, nº 26, jan./jun/76, p. 278. Ementa nº 1.

Mutatis mutandis, no tocante à natureza do cargo anterior, se configurados os fatos da perseverância de funções antigas e/ou de vinculação subordinativa a outros órgãos da diretoria, pode chamar-se à colação o seguinte acórdão ementado pela 8ª Região:

“O exercício de um cargo de direção não implica na automática transformação do empregado em empregador. O reclamante, no exercício da diretoria técnica da empresa, não tinha atribuições de empregador, continuando o antigo empregado apenas guindado a uma função de confiança.” Proc. nº 277/74. Rel. Semiramis Ferreira, in Bonfim & Santos, ob. cit., 13ª ed., 1976, p. 203. Ementa nº 1.371.

Qualquer afirmação, em tese, torna-se precária, pois a região em que transitam o alto empregado e o diretor eleito é limítrofe e está naquela zona *gris*, de que fala MARIO DEVEALI, ao estudar os casos especiais de relação de emprego (Cf. sua obra *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, T.E.A., 1948, pp. 283 e ss.).

Em geral, a jurisprudência, sobretudo do mais Alto Colégio Trabalhista do País, parte do suposto formal da eleição do empregado, da titularidade de ações e de seu número, para emitir o preceito excluindo-o da relação de emprego e declarando-lhe suspenso o contrato de trabalho.

Inúmeros são os pronunciamentos nesse sentido, como se seguem:

“Empregado que aceita eleição para diretor de sociedade anônima, em assembléia geral de acionistas, não passa a ocupar cargo de confiança, na forma do art. 499 da CLT. Na melhor das hipóteses, como *in casu* sustenta o empregador, opera-se a “suspensão” do contrato de trabalho, assegurados ao empregado a volta ao cargo efetivo e, em caso de indenização, o recebimento do que lhe for devido, calculado com base no salário do cargo efetivo e,

não, de diretor.” TST — 2ª T. RR-2.192/77. Rel. Min. Victor Russomano, in Bonfim & Santos, ob. cit., 15ª ed., p. 146. Ementa nº 1.004.

“Ex-empregado que, após quitação válida, assume cargo de diretor, não tem direito a vantagens decorrentes da relação de emprego.” TST — 3ª T. RR-2.299/74. Rel. Min. Barata Silva, in Bonfim & Santos, ob. cit., 13ª ed., 1966, p. 203. Ementa nº 1.368.

“O exercício efetivo de cargo de diretor financeiro de uma empresa, da qual faz parte como empregado, suspende os efeitos do contrato de trabalho do mesmo empregado, enquanto durar o respectivo mandato eletivo.” TRT da 3ª Reg. 1ª T. Rel. Juiz José Waster Chaves, in *Rev. do TRT da 3ª Reg.*, nº 24, p. 144. Ementa nº 1.

“Empregado eleito para diretor de sociedade anônima. Suspensão do contrato de trabalho. Não incidência das vantagens auferidas como tal, na remuneração como empregado, para a paga da indenização devida na rescisão do contrato de trabalho.” TST — 2ª T. RR-844/75. Rel. (designado) Min. Barata Silva, in Bonfim & Santos, ob. cit., 14ª ed., 1977, p. 146. Ementa nº 947.

Até o momento, a amostragem jurisprudencial conduz o intérprete a quatro posições distintas:

a) o empregado eleito diretor de sociedade anônima, por esse fato só, não perde a sua qualidade de empregado;

b) admite-se a concomitância da condição de empregado com a de diretor eleito, desde que tenha permanecido ele nas mesmas funções anteriormente exercidas e cujo exercício não sofreu modificação;

c) a titularidade de exíguo número de ações e a perseverança do *status subjectiois*, embora atenuando, preserva, no diretor eleito, a qualidade de empregado;

d) o só fato da eleição para cargo de diretoria, por ato de assembléia geral, suspende o contrato de trabalho e não se indaga, nessa postura, do conteúdo nem da forma da prestação de trabalho como diretor. O ponto de intersecção é o simples ato da eleição e a ocupação do posto diretivo.

Mesmo certos atos da empresa, a teor do entendimento da E. 1ª Região, para trazer a relação estatutária (orgânica) para o quadro do direito do trabalho:

“Não é empregado o diretor eleito por assembléia de sociedade anônima, mesmo que esteja, em razão de sua

função, obrigado a relatório diário, receba férias e 13º salário.” Proc. nº 4.089/72. 3ª T. Rel. Flávio Rodrigues Silva, in Bonfim & Santos, ob. cit., 12ª ed., 1975, p. 177. Ementa nº 1.210.

Esse mesmo Tribunal, pela sua mesma 3ª Turma, coerente com o pronunciamento anterior, embora concluindo em sentido oposto, funda-se no simples ato da eleição para excluir a relação de emprego. Não ocorrida esta, o ocupante do cargo não é órgão da sociedade, mas empregado:

“Quem exerce as funções rotuladas de *diretor de vendas* em S/A não exerce, por isso, funções de diretor legalmente falando, pois *diretor de S/A* é aquele que foi, comprovadamente, eleito para tal. Essa comprovação normalmente é feita por meio de ata devidamente arquivada”. TRT — 1ª Reg. 3ª T. Proc. 1.149/73. Rel. Flávio Rodrigues da Silva, in Bonfim & Santos, ob. e p. cit. Ementa nº 1.211.

Esta é, em seus delineamentos gerais, a posição da jurisprudência que, aqui, apenas se colige como força de compreensão do problema do empregado eleito diretor.

5. S.A.: diretores e subordinação

5.1. A jurisprudência trabalhista, ao entender incompatível a condução do empregado ao cargo de diretor eleito com a qualidade de trabalhador subordinado, suspendendo-se a relação de emprego, vem-no fazendo indiscriminadamente, sem atentar para determinados fenômenos relacionais que se dão na posição desse diretor, seja no plano estatutário, seja no plano interno administrativo da mecânica da administração, seja nas formas de mobilidade ou de paralisação do ocupante do cargo diretivo.

É indispensável entender-se que, mesmo no quadro jurídico formalmente predisposto pelo direito comercial, há diretores e diretores.

De um lado, aparecem aqueles que vêm com suas atribuições definidas por estatutos, cujas esferas de ação não sofrem interferência de outro órgão qualquer da sociedade e cujas responsabilidades somente decorrem do exercício normal ou irregular do cargo.

Se muitos deles atuam com poderes de mando e gestão e representação definidos e intocáveis, até chegar-se aos incólumes cumes do diretor-presidente ou aos amplos e até discricionários poderes de um diretor-superintendente, outros, porém, são limitados em suas

funções, não nas têm fixadas nos estatutos (diretores “inominados”) ou desenvolvem sua força-trabalho agregados a outros diretores (diretores adjuntos).

Em geral, esses “diretores” — conquanto eleitos —, os adjuntos e os “sem designação especial” (inominados) não substituem os diretores qualificados (o presidente, o vice-presidente, o comercial, o superintendente etc.) em suas ausências ou impedimentos e, quando ocorre, entre eles, “substituição”, esta se dá por ordem ou determinação da diretoria (superior).

Verifica-se, pois, dessa distinção que, mesmo no quadro da diretoria eleita, ocorre uma diferença qualitativa no comportamento entre uns e outros diretores, diferença essa que, vista sob o prisma objetivo das relações de poderes entre eles desenroladas, caracteriza um grau intenso de subordinação na prestação de trabalho, bastante para retirar a qualificação estatutário-comercial do administrador, deslocando-a para a esfera do direito do trabalho.

Note-se que o aspecto formal, aqui, recua e cede à realidade, efetivamente vivida no *intramuros* de uma administração empresarial.

A atribuição de assistir a outros diretores superiores na hierarquia do comando empresarial, a indeterminação ou o silêncio de funções nos estatutos, a mobilidade dirigida são fatos jurídicos de extraordinária riqueza na desfiguração da relação estatutária de um diretor e na fisionomização da relação de emprego, de cargo diretivo.

Comporta a matéria desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais.

5.2. ERNESTO KROTOSCHIN, um dos mais autorizados doutrinadores atuais do direito do trabalho, ao abordar o tema do sócio-empregado, abre duas questões prévias, da maior significação.

Como primeira advertência ao investigador, a procura da solução do problema deve ter

“o critério de dependência como único conducente a um resultado definitivo. Um fator de certa importância é o grau de participação que ao sócio corresponde na administração” (72).

E, a seguir:

“O decisivo é a real situação interna entre sociedade e sócio; deve deduzir-se dela a existência ou não existência

(72) Cf. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. 3ª ed., B. Aires, Depalma, 1977, p. 121.

de uma relação de dependência agregada à de sócio (cumprindo-se os requisitos que, para esse efeito, estabelece o art. 27 da CLT" (73).

Linhas abaixo, acrescenta:

"Nas sociedades comerciais, o "patrão" é quem, apoiado em título próprio de direito, como estatuto, propriedade ou *maioria de cotas ou ações, está juridicamente capacitado para exercer, diretamente, funções de mando supremo ou bem, para influir, de forma decisiva, no exercício de funções diretivas que se houverem delegado em outras pessoas*" (74).

Ainda o critério da subordinação vem a ser concludente para desqualificar-se o sócio como diretor-órgão e, na realidade, situá-lo como empregado.

HÖECK e NIPPERDEY, para distinguirem aquele que presta serviços fundado em um contrato de trabalho do que o presta fundado em contrato societário (*die Arbeit nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages, sondern auf Grund eines Gesellschaftsvertrages*), sintonizam, em pé de página:

"... Presta ele (o sócio) este serviço em situação de dependência da sociedade, então é empregado" (75).

O sócio, contudo, eleito diretor de sociedade anônima, ainda que portador de um pequeníssimo número de ações, sob o ângulo das relações externas, ele é a própria sociedade. Ela como que nele se imediatiza (76).

Na enunciação do tratadista italiano, o representante da pessoa jurídica, o empregador, se funde na própria pessoa (77). Há mesmidade entre órgão e sociedade.

Calcado nesse princípio, DOMENICO NAPOLETANO arma uma equação:

"Se é exato que o administrador constitui o órgão ativo da sociedade e, como tal, exprime uma vontade própria da sociedade, não é possível nem concebível que ele mesmo

(73) Cf. ob. cit., p. 122.

(74) Ob. cit. e p. citis.

(75) Cf. HUECK, Alfred e NIPPERDEY, Hans Karl. *Lehrbuch des Arbeitsrecht*. 7. Auflage, Berlin u. Frankfurt, Verlag Franz Vahlen G.m.b.H., 1963, I, Band., S. 46 und N. 27.

(76) "è la stessa società", na expressão de GIULIANO MAZZONI, em seu *Manuale di Diritto del Lavoro*. 4ª ediz., Milano, Giuffrè, 1971, p. 344, n. 121.

(77) Il rappresentante della persona giuridica, datore di lavoro, si immedesima nella stessa persona, como se exprime à p. 345.

possa contratar com ele, ou seja, consigo mesmo. E isto se dá tratando-se de um administrador único como tratando-se de membro de um conselho" (78).

No seguir de sua exposição, esse autor expõe os temperamentos doutrinários e jurisprudenciais dessa afirmação tão axiomática e que, em muitas circunstâncias, não consegue cobrir todo o quadro da realidade da vida, imposta pelas inúmeras formas de convivência fático-jurídica entre administradores sócios e a sociedade representada por outros órgãos.

Arguto e avalizado por sua alta competência de civilista, LUDOVICO BARASSI, depois de discorrer sobre a situação do "órgão", que se identifica com a pessoa, como "todo", passa a admitir a possibilidade de existência de nexos de subordinação entre administradores e assembléias, portanto, uma subordinação à própria pessoa jurídica:

"... Assim surge a dúvida que mesmo entre a pessoa jurídica, através de seu órgão (a assembléia geral), e o administrador se forma uma particular relação de subordinação" (79).

E, linhas abaixo, acentua:

"Não cabe opor que só o administrador tem uma função ativa, porque, se os seus poderes de iniciativa são amplos, eles são todavia limitados entre o confinamento do estatuto, da lei, e, sobretudo, da vontade da assembléia" (80).

A razoabilidade, para não dizer a pertinência da exposição do tratadista, reside em que a assembléia exprime a sociedade em sua direção majoritária ou o compromisso das forças majoritárias, forças essas que, em geral, se fazem presentes nas diretorias. Para a diretoria, em sua relação interna entre diretores, como que se transportam as cargas de força trazidas do poder eletivo das assembléias.

Em razão disso é que a jurisprudência trabalhista brasileira tem como fator de alta ponderação para descaracterizar a qualidade do órgão (em sua autonomia societária) na pessoa de seu ocupante o fato de ser ele titular de escasso número de ações.

A relação de dependência transporta-se da assembléia para o seio da diretoria, em que o sócio diretor majoritário — via de regra o Presidente — exerce o comando empresarial sobre o grupo de diretores minoritários em ações.

(78) *Il Lavoro Subordinato*. Milano. Giuffrè, 1965, pp. 199/200.

(79) Cf. *Il Diritto del Lavoro*. Milano. Giuffrè, 1949, p. 292, vol. I.

(80) Ob. vol. e loc. citis.

No curso de tais princípios, a doutrina francesa, embasada em pronunciamentos jurisprudenciais, não discrepa da peculiaridade desses fatos, quando, em verdade ocorrem:

“É inexatamente qualificado de diretor-geral mandatário social o diretor assalariado que, beneficiando-se de largos poderes reconhecidos em um alto quadro, não é nada menos do que um subordinado submetido às diretrizes e ao controle do conselho de administração e de seu presidente” (81).

No mesmo sentido, pronunciaram-se Tribunais italianos, com agasalho da doutrina:

“A pessoa investida de administrador e, pois, de órgão de uma sociedade, pode ter com ela as mais variadas relações jurídicas, compreendida aquela da prestação de trabalho subordinado, em todas as suas configurações, materiais ou intelectuais” (82).

“A coexistência, na mesma pessoa, da dúplici figura de administrador de sociedade e de empregado não é admissível quando ocasiona o desaparecimento do vínculo de subordinação como no caso do administrador único e não quando o poder seja limitado pelo conselho de administração ou pelo presidente” (83).

Vê-se que o problema não assenta a sua solução no simples ato da eleição do empregado. O seu equacionamento comporta temperamentos, que devem atender às peculiaridades de cada caso e sobretudo ao sistema de relações entre os diretores e a posição que cada um cumpre na diretoria, em que as ações ou são preponderantemente coordenadas ou preponderantemente subordinadas. É este o critério da distinção entre sócio-diretor e diretor-empregado, elaborada por NIKISCH:

“... Na relação de trabalho existe supra — e subordinação, os sócios são uns com os outros coordenados” (84).

5.3. Se não ocorre, no exercício do cargo, agregação ou indeterminação de atividade, e esta é diretamente fixada no Estatuto da Sociedade como definidora do órgão pela sua atribuição, não há falar em subordinação.

(81) Cf., CAMERLYNCK, G. H., *Traité de Droit du Travail. Contrat du Travail*. Paris, Dalloz, 1968, p. 78, a.

(82) CASS. 24-3-1956, cit. por GRIVA, Domenico Riccardo Peretti. *Il Contratto di Impiego Privato*. 4ª edz., Torino, UTET, 1963, p. 161.

(83) APP. GENOVA, Pevetti GRIVA, ob e p. cits. Grifos nossos.

(84) Cf. NIKISH, Arthur. *Arbeitsrecht*. 3. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 1. Band. S. 120, N. 3.

As prestações que incumbem, por exemplo, ao diretor comercial de uma empresa são insuscetíveis de determinabilidade por outro órgão da diretoria. Originam-se elas da própria regra estatutária, que define o campo de atribuições desse órgão, campo esse indevas-sável a uma penetração de situação jurídica diversa, como a que confiu na relação de emprego.

Importa se transcreva, desde logo, nosso entendimento do que seja *subordinação jurídica*, para fins de conceituação de relação de emprego. Exatamente por vir extraída de elementos objetivos e que revelam a incidência da regra legal (arts. 2º e 3º da CLT) sobre os fatos-suportes do ato-fato-trabalho, tem essa conceituação a propriedade de alcançar, com maior precisão, situações fronteiriças, como a que oscila entre sócio-diretor e empregado-diretor.

O elemento objetivo da configuração da subordinação dá-se na capacidade de determinar-se a prestação objeto do trabalho por outrem. Se uma pessoa tem o poder jurídico de determinar — efetiva ou potencialmente — as prestações de trabalho de outrem, aí estará nitidamente delineada a subordinação e que, em penetrante apañhado de JACOBI, sustentamos desdobrar-se:

“A *determinabilidade* que se dá no *quê*, no *como*, no *onde* e no *quando* prestar é que leva uma das partes, o credor do trabalho, a constante ou contingentemente intervir na atividade do prestador. Eis aí o que se entende por *subordinação* vista sob o ângulo *objetivo* e que abarca casos e hipóteses não alcançados pelo critério personalista clássico tradicional de equacionar-se a subordinação como um poder de dirigir a que corresponde um dever do trabalhador de obedecer” (85).

Se o diretor comercial se destaca desse quadro, o mesmo não se poderá dizer dos diretores adjuntos e diretores inominados (sem designação), aparente ou formalmente órgãos da sociedade, mas na realidade verdadeiros mandatários de outros órgãos, dos quais cumprem ou cumpriam determinações.

Nesse ponto, dificilmente esses diretores se distinguem dos altos empregados, os empregados superiores, os diretores empregados, como expõe, com precisão, DE LITALA, esteado em PERGOLESÍ:

“... O dirigente é o colaborador mais ativo e imediato do empresário: a sua função típica — assinalada por uma atividade que se expande no âmbito da empresa ou de uma parte autônoma sua (dela), considerada como organismo unitário — consiste principalmente na coordenação e no

(85) Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*. S. Paulo, Saraiva, 1975, pp. 229/230.

controle geral das diversas atividades de ordem administrativa e técnica, que se desencadeiam em diversos serviços, funções, repartição de operações etc., nas quais, por exigência da divisão de trabalho, necessariamente se cinde a organização produtiva” (86).

Com a leitura de inúmeros acórdãos dos Tribunais do Trabalho do País e a investigação da doutrina, chega-se à conclusão que o ato formal da integração de um empregado no quadro societário de uma empresa e a sua eleição a diretor não bastam, por aí, para desfigurar-se a sua originária condição de prestador subordinado.

A fusão empresa-órgão como que se rompe pelo corte desferido através da caracterização do *status subjectionis* — embora respeitado o grau hierárquico do prestador — captado na incidência das regras imperativas dos arts. 2º e 3º da CLT.

O certo é que, se, por curto período, como diretor-comercial, v. gr., o administrador interrompeu a situação tipicamente subordinativa resultante dos cargos de diretor adjunto e de diretor inominado, a sua nova eleição para estes cargos atira-o no lusco-fusco da vida administradora ajurídica e quem o apanha é o direito do trabalho. A interrupção, entretanto, preserva, em seu conteúdo, os mesmos limites de sua formalidade: as situações não se contagiam. Tal como, formalmente, foi eleito diretor comercial, assim essa diretoria não lhe inoculou autonomia na subsequente eleição para o cargo de diretor inominado. Voltou à subordinação objetiva, como “assistente” ou “colaborador” de outros diretores.

Além da consideração dos elementos intrínsecos do cargo, coincidentemente decidiu o E. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

“Diretor comercial, cuja contratação é feita por assembléia geral da empresa, e que, mais tarde, é eleito por diversos períodos *para o cargo*, não pode ser considerado empregado no feitiço legal.

Todos os aspectos formais que porventura tenham existido não demonstram que o reclamante tivesse exercido alguma função, senão um cargo de direção, ou que tivesse feito alguma coisa debaixo de ordem, como diretor comercial.” (Proc. 1979/73, 1ª T. — 4ª Reg. Rel. Juiz Pery Saraiva, in *Ementário de Jurisprudência do TRT da 4ª Reg.*, ano IX, nº 8, 1975, p. 172. Ementa nº 2.745.

Vê-se que cada posição de um diretor eleito conforma uma situação jurídica peculiar e diversa e por um caso específico a ser detalhadamente examinado e julgado.

(86) LITALA, Luigi de. *Contratti Speciali di Lavoro*. Torino, UTET, 1958, p. 13.

Vigiar ou ajudar os presos?

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especialização
em Direito Penitenciário da Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Goiás

- 1 — A persistência da pena privativa da liberdade, a par de outras formas de pena preconizadas e já adotadas.
- 2 — O entendimento de normalidade biopsíquica dos delinqüentes (condenados).
- 3 — O modo de agir e de reagir dos condenados, segundo foram considerados "loucos", perigosos ou pessoas como quaisquer outras.
- 4 — Empatia para com os presos (condenados).
- 5 — O cansaço de estar preso.
- 6 — Vigilância discreta e prudente, enquanto o preso é "ajudado a ajudar-se", de sorte que, melhor aceitando o sofrimento próprio da pena, se disponha a não tornar a delinquir.
- 7 — A fundamental importância de ter, o pessoal das prisões, boa formação integral — moral, intelectual e física.

Até um passado recente, a pena privativa da liberdade era quase exclusiva. Embora ainda hoje, para muitos, falar em pena seja o mesmo que falar em prisão, essa é tão-somente uma das formas de pena admitidas; outras — não privativas da liberdade, mas tão-somente restritivas dela, restritivas de direitos ou do exercício deles, e sem falar nas pecuniárias — têm sido preconizadas e, em certos países, já adotadas.

Preconizadas e adotadas, essas outras formas de pena não excluem a de privação da liberdade, com recolhimento à prisão, onde deve ser cumprida. Para certos criminosos, seja em razão da sua personalidade e conduta geral, seja em razão do seu crime, ela continua sendo necessária. Por isso não se pode descuidar a matéria atinente a estabelecimentos prisionais e seu pessoal, e à pena que, neles, o Estado executa e o condenado cumpre.

E aqui estamos, num estabelecimento prisional, estabelecimento destinado à pena privativa da liberdade. . . Sem, pois, excluir as demais formas de pena já em uso, é a ela e ao que lhe diz respeito que nos

Alocução proferida em 9-10-1985, no Estabelecimento Prisional do Linhó, em Sintra, Portugal, tendo como auditório o respectivo pessoal da Administração e das funções técnicas.

ateremos, ainda que, aludindo à pena em sua natureza, seja mister fazê-lo em termos genéricos.

Nenhum dos presentes ignora que a pena é uma punição que, cominada pela norma jurídica, proporcionalmente à natureza e gravidade do crime em abstrato, é aplicada pelo órgão judiciário, ao criminoso, adequando-a ao seu crime em concreto e à sua personalidade e conduta, para, nos termos da sentença, ser executada pela Administração prisional, com a interveniência judicial.

Com essas precauções, ela é justa, tanto quanto as limitações humanas permitem. . . .

Basta isso?

Sejam quais forem as teorias e doutrinas, o que se pretende é que o delinqüente não torne a cometer qualquer delito.

Mesmo quando imperavam aquelas teorias e doutrinas que viam na pena tão-somente o castigo pelo crime cometido, o que, na prática, se verificava era que a força ou a severidade da pena-castigo eram tais que, por si mesmas, eram capazes de pôr o criminoso em condições físicas e psíquicas de não mais delinqüir. Pensemos nas prisões soturnas, acabruhadoras, fortalezas cuja arquitetura revelava a magna preocupação de impedir a fuga dos delinqüentes ali segregados. . . Por causa das condições da própria prisão, havia os que morriam antes de findar o cumprimento da pena; havia os que — com tanta freqüência! — ao terminar a pena estavam aniquilados, física e psiquicamente, o que os incapacitava de cometer outro delito. . . Não era porque se tivessem emendado, ou porque tivessem tomado a decisão de não mais delinqüir, que eles não reincidiam; aliás, a pena exclusivamente castigo não cogitava disso. Na melhor das hipóteses, os que não reincidiam era porque estavam inibidos pela força intimidativa da pena-castigo.

A seguir, no tempo da pena-tratamento científico, prevalecia o entendimento de que os delinqüentes eram, na sua generalidade, doentes ou pelo menos anormais mentais. Falava-se, então, dos delinqüentes que, condenados, se encontravam nas prisões, como se eles fossem todos os delinqüentes existentes. Ainda não tinha despertado a atenção para o fenômeno das chamadas “cifras negras” (ou “obscuras”) da criminalidade, constituídas por todos os delinqüentes que, por um motivo ou por outro, não são condenados, talvez desconhecidos da Justiça, entre eles os que, pela sua elegância conforme a sua posição social, profissional, econômica, vieram a ser denominados “criminosos de colarinho branco”. Ainda que todos os delinqüentes condenados e recolhidos a prisões fossem doentes ou, pelo menos, anormais mentais, como não perguntar: “e os das cifras negras, e os de colarinho branco,

ocupando posições na sociedade e na vida pública, exercendo profissões respeitáveis?” O fato é que, com a pena-tratamento, se pretendia curar o criminoso da sua doença ou anomalia, que seria causa do crime; em outras palavras: curar o criminoso da sua “criminosidade”, para que não tornasse a delinquir. Assim sendo, a não-reincidência não era efeito de esforço consciente e voluntário do delinqüente “tratado”, pois, pelo “tratamento”, a sua vontade havia ficado embotada, viciada, e a sua conduta, condicionada. Esse tratamento substitutivo da pena era apresentado como humanização da mesma pena. Hoje é considerado desumano e até atentatório dos direitos fundamentais do homem.

Por outro lado, a vida e a experiência se encarregaram de demonstrar que os criminosos são, na generalidade, tão normais como quaisquer outras pessoas. Isto é: relativamente normais. Como bem advertiu o grande psiquiatra, criminólogo e sacerdote italiano, internacionalmente respeitado, Agostino Gemelli, o erro estava em buscar nos delinqüentes (nos condenados) uma normalidade ideal... que, como quaisquer outras pessoas, tampouco eles tinham...

Os condenados são gente como nós. Nesse sentido — seja-me permitido mencionar — focalizo a matéria no novo livro que estou escrevendo, nele se refletindo a minha experiência pessoal de trabalho com presos e prisões, e o que tenho observado e aprendido da experiência alheia.

Da minha e da alheia experiência, tenho podido verificar:

— Se os condenados são tratados como anormais, como doentes mentais (“loucos”), convencer-se-ão ou terão interesse em parecer que o são, e se deixarão levar pela correnteza da vida, sem fazer qualquer esforço para não tornar a delinquir; não é de admirar que venham a contribuir para aumentar o número de reincidências.

— Se considerados perigosos, tenderão a agir e reagir como tais; tampouco nesse caso é de admirar que, longe de fazerem qualquer esforço de autodomínio, se deixem dominar pelos componentes da sua personalidade e pelos seus impulsos, e venham a contribuir para aumentar o número de reincidências.

— Se, porém, forem considerados e tratados como pessoas, gente como nós, normais — tão relativamente normais como nós — assim tenderão a agir e reagir. Como nós, tenderão a assumir a responsabilidade pelos fatos praticados, pela própria conduta; como nós, tenderão a se esforçar para ter uma boa conduta. De vez que na conduta pregressa deles houve um fato-crime, o esforço para ter boa conduta significa emenda, significa não reincidir.

A essas observações, colhidas da realidade, podem seguir-se algumas considerações, tais como:

Admitindo que eles, os condenados, são gente como nós, teremos de, vice-versa, admitir que nós somos gente como eles.

Existe uma potencialidade da personalidade, denominada **empatia**, que consiste em pôr-se hipoteticamente no lugar “do outro”, para sentir o que “ele” sente, pensar o que “ele” pensa, desejar ou querer o que “ele” deseja ou quer, e, assim, melhor compreender o que “ele” faz ou deixa de fazer. Há quem seja mais capaz de empatia, e há quem o seja menos. Todos, porém, devemos procurar desenvolvê-la, principalmente se, como no nosso caso, o trabalho exercido é não só de lidar com coisas, mas com pessoas. Para isso, não esbarraremos em maiores dificuldades se tivermos caridade, isto é, se tivermos cristãmente amor ao próximo.

Dito isso, eu convidaria os presentes a fazer um pequeno exercício. Eu convidaria cada um a pensar, a compenetrar-se pensando: “Se eu tivesse sido condenado por ter cometido um crime... que sentiria... que pensaria... que desejaria... que quereria... e como agiria ou reagiria se fosse considerado anormal ou doente mental, e como tal tratado?” — “... que sentiria... que pensaria... que desejaria... que quereria... e como agiria ou reagiria se fosse considerado perigoso e como tal tratado?” — “Se, porém, fosse considerado e tratado como pessoa, tanto quanto qualquer outra pessoa, com as mesmas semelhanças e diferenças individuais que todo mundo tem, mas que, havendo cometido um crime, foi condenado e tem de aproveitar o cumprimento da pena para reconhecer o próprio erro, a própria culpabilidade, e decidir-se a fazer o seu melhor esforço para não tornar a delinquir... que sentiria... que pensaria... que desejaria... que quereria... e como agiria ou reagiria?”

Tal exercício pode levar a compreender todos os presos (os condenados) globalmente, e cada um em particular. Pode levar a compreender as reações de cada um... às vezes estranhas, parecendo fora de propósito, infundadas... às vezes agressivas... “Nessas circunstâncias, como é que **eu** reagiria?” — Com empatia, o funcionário poderá melhor compreender o preso (o condenado) e mais acertadamente “ajudá-lo a ajudar-se”. “Ajudá-lo a ajudar-se” não significa eliminar o sofrimento em que consiste a pena — sofrimento que, nos termos da sentença, é justo e, por isso mesmo, há de ser eficaz para que o condenado assuma a responsabilidade do próprio crime e se disponha a não tornar a delinquir, fazendo planos de vida honesta.

Essa ajuda, serena, cordial, mas “de mão firme”, não dispensa a manutenção da ordem interna e da disciplina, e as medidas para isso apropriadas, inclusive, se for o caso, punição de faltas disciplinares que o preso (o condenado) tenha cometido; punição com os meios adequados, na justa medida, de acordo com as normas legais e regulamentares.

Contudo, a empatia pode sugerir que, sem prejuízo da natureza punitiva da pena, seja preciso, para que o preso aceite ser “ajudado a ajudar-se”, algum melhoramento na alimentação, nos locais de dormir... nas condições de trabalho... Pode sugerir, quem sabe, uma palavra discretamente afável, benévola, uma conversa de amigo... respeitosa demonstração de interesse pelos seus problemas pessoais, tais como, entre outros, saudade da família, cansaço de estar preso...

O cansaço de estar preso pode se apresentar atenuado no regime semi-aberto, pode ser quase inexistente ou nem existir de modo algum, no regime aberto.

No regime fechado, porém, como ele se faz sentir! Pode crescer e decrescer em ondas ou curvas, como pontos de maior ou menor intensidade; há ocasiões em que é angustiante, pesado, esmagador...

Assim cansado, o preso, embora não saiba ou não lhe ocorra que é isso que ele sente e que é isso que o impele, buscará, de diversos modos e com motivações várias, livrar-se da prisão.

Poderá, consciente de que quer se livrar da prisão, buscar os meios legais, quer, para o seu caso, tenham fundamento, quer não; freqüentemente, a sua pretensão de obter uma concessão ou um benefício legal que signifique, praticamente, livrar-se da prisão não tem fundamento: ele considera seu direito algo que, em realidade, não passa de desejo ou interesse seu.

Casos têm sido registrados de condenados que, no seu cansaço de estar presos, são induzidos, por impulsos inconscientes, a cometer faltas de disciplina, agressões contra coisas e pessoas, contra si mesmos. Essas reações, aparentemente diversas, não passam de desabafo da desagradável sensação produzida pelo cansaço de estar preso, às vezes misturado com tédio.

O meio mais “eficaz”, porém, para o condenado se livrar do cansaço de estar preso parece ser a fuga. A fuga, que ele tenta empreender e que às vezes efetivamente consegue, quando os meios legais com que sonhou “falharam”, não corresponderam à sua pretensão, ao seu desejo, ao seu interesse... ou que é o meio de que desde logo se serve... A fuga que, como seqüência das suas reações de desabafo, é planejada ou é tentada impulsivamente, e que chega a ser consumada ou não...

Com essas preocupações e tumultuada elaboração consciente ou inconsciente, o condenado em estado de cansaço de estar preso dificilmente terá condições psicológicas para se dispor a não tornar a delinquir.

O cansaço de estar preso é um acréscimo de sofrimento inútil para o condenado, e contraproducente para os fins da sua emenda e reintegração no convívio social.

Poderá, porém, ser abrandado, não só pelos contatos com a família e a comunidade urbana, próprios dos regimes semi-aberto e aberto, mas por modos e meios diversos, adaptáveis a qualquer dos três regimes.

Supondo que o regime seja fechado: que é que se pode sugerir como abrandamento que, sem prejuízo do conteúdo punitivo da pena, venha em favor das boas disposições do preso (condenado) para, assumindo a responsabilidade do próprio delito e da própria conduta, decidir-se a se emendar, a fim de vir a viver honestamente, reintegrado no convívio social?

Vejamos:

— Agenda diária cheia, equilibrada, com racional distribuição de trabalho e outras atividades, inclusive de lazer. Entre essas outras atividades, lembram-se a escola e o treinamento profissional. Como lazer, por um lado, possibilidade de ler livros e jornais, ouvir rádio e ver televisão, bem como outras distrações similares; por outro lado, jogos que demandem movimento, capazes de ser veículos de canalização de energia excedente e tensões, dentre eles, o que mais se tem demonstrado eficaz, razão por que é o que mais se recomenda: o futebol. Convém, ainda, que, havendo formas de lazer estabelecidas para determinados horários da agenda, haja, ainda, algum tempo destinado a lazer *ad libitum*, que serve também para o preso exercitar um pouco a sua vontade e a sua residual liberdade interior, o que concorre para evitar a deterioração psicológica que a situação vital de preso propicia.

— Contatos com a família, não só com ela trocando correspondência, mas dela recebendo visitas, inclusive visitas reservadas. Consistem essas visitas reservadas em o preso receber pessoas de parentesco mais próximo (pais, irmãos, cônjuge, filhos), em locais adequados do estabelecimento, onde possam transcorrer horas, inclusive de um dia para o outro, até dois, três dias, em ambiente e vivência de lar. Bem regulamentadas — quanto aos requisitos que o preso e sua família devem ter para que possam ser em concreto permitidas; quanto a quais pessoas da família possam ser admitidas, e em que número máximo de cada vez; quanto à ocasião em que possam ser efetuadas; quanto à sua duração; quanto a outros aspectos próprios dos estabelecimentos em geral ou específicos deste ou daquele estabelecimento — tais visitas, benéficas porque concorrem para mitigar o cansaço de estar preso, são recomendáveis também (senão principalmente) porque contribuem para manter o preso vinculado à sua família. Essa vinculação é sumamente relevante para que ele, ao recuperar a liberdade, possa consolidar a sua emenda e, vivendo honestamente, se reintegrar no convívio social.

— Analogamente úteis para mitigar o cansaço de estar preso e para facilitar a futura consolidação da emenda e reintegração no convívio social, são os contatos com a comunidade urbana, por meio de correspondência, visitas às prisões, genericamente, e aos presos em particular ou pessoalmente. Para que esses contatos, que incluem ajuda aos presos e colaboração com a Administração, possam ser proveitosos, é preciso que sejam regulamentados, e que os representantes da comunidade que os façam sejam devidamente credenciados, após terem recebido um preparo, mínimo que seja mas indispensável, convido que se organizem em entidade como tal reconhecida.

O tédio, aquele tédio que todo mundo pode sentir, em qualquer lugar que esteja, em qualquer situação vital que se encontre, e que é aquela saudade de Deus a que, em outras palavras, se referia Santo Agostinho, pode pesar muito no cansaço de estar preso. Remédio contra ele é uma bem fundada e bem ministrada assistência religiosa, que não se limite a orações, cultos, cerimônias e celebrações. O preso (o condenado), como qualquer pessoa, precisa de algo mais, já mesmo para ser capaz de rezar, participar de cultos, cerimônias e celebrações, com gosto e com proveito humano, espiritual; precisa de instrução religiosa e de contatos pessoais (coletivos e individuais) com o representante da sua religião.

— A par da assistência religiosa, tem relevante papel o atendimento do serviço social, com aquela das suas técnicas que aos assistentes sociais se afigurar adequada e oportuna em cada caso, em cada ocasião com as próprias circunstâncias.

— Fundamentalmente, no entanto, como fermento na massa, e para que não se comprometa o bom efeito advindo das recém-mencionadas providências, é preciso que todos os membros do pessoal da prisão tenham, pela sua formação integral — moral, intelectual e física — confiança em si mesmos e empatia como componente do amor ao próximo que o Evangelho define, e que habilite a “abominar o erro mas amar os que erram”, e saibam distinguir quando e como hão de “ajudar o preso a ajudar-se”, sem deixar de estar serenamente atentos à ordem interna e à disciplina, sem deixar de exercer vigilância — discreta, acessória àquela ajuda, isto é, não contra os presos, mas em benefício da mesma ordem interna e disciplina, e de todos aqueles que, no estabelecimento, por algum motivo se encontram, e da boa convivência. O funcionário de prisão que, pela sua formação integral, tem (como prescrevem as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, da ONU) “espírito de serviço social” é capaz de, acertada e oportunamente, prestar ajuda e exercer vigilância; também é capaz de, no trato direto com os presos, ser cordial, sem familiaridade; interessado nos assuntos pessoais deles, sem ser indiscreto; compreensivo, sem excluir severidade quando e como se fizer necessário; amigo, sem prejuízo do decoro da função.

O condenado é pessoa — a condenação não lhe retira a qualidade de pessoa. Como qualquer pessoa, pois, é sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade. É um “próximo” que precisa de apoio, de ajuda afetiva, moral, espiritual, a fim de que, se nós outros abominamos o erro, o crime, que ele cometeu, mais do que nós abomine ele o próprio erro, o próprio crime. É um “próximo”, uma pessoa que tem direitos, mas é bom não esquecer que ele tem também deveres e é preciso que assuma a responsabilidade das próprias ações e omissões, da própria conduta.

Independentemente e ademais do papel que a família, a comunidade, a sociedade tenham para com ele, enquanto preso e depois de egresso, é ao pessoal das prisões que cabe o papel basilar de oferecer ao condenado apoio e ajuda complementada por discreta e prudente vigilância, bem como favoráveis circunstâncias e condições (entre estas, assistência religiosa) de modo que ele, valendo-se dos seus próprios resíduos morais, seja capaz de utilizar positivamente o sofrimento inerente à pena (o sofrimento em que a pena, nos termos da sentença, consiste); seja capaz de vencer, quando lhe sobrevenha, o cansaço de estar preso; seja capaz de constituir sólidos alicerces para a própria emenda. Cada condenado que, tendo-se emendado, vive honestamente, reintegrado no convívio social, é um reincidente a menos, e significa uma vítima (quando não mais do que uma) a menos. Não é fora de propósito, mas ao contrário, lembrar que, de permeio a todas essas razões de ordem ético-jurídica, humana e social, outra razão merece ser contemplada como argumento para tudo se fazer a fim de evitar reincidências. É uma razão de ordem utilitária. Trata-se do custo do crime, das renovadas despesas — enormes despesas — que os cofres públicos são compelidos a fazer. Em última análise, porém, quem paga é toda a sociedade nacional, que, com taxas e impostos, contribui para alimentar os cofres públicos.

* * *

Em meados do século XIX, a grande pedagoga francesa Julie Billiart advertiu que “as escolas são o que são os seus professores”. Cabe perfeitamente a paráfrase: “As prisões são o que é o seu pessoal, o que são os seus funcionários.” E tanto cabe, que As Regras Mínimas, adotadas pela ONU em meados do século XX, dando, em não poucos dos seus dispositivos e em recomendações anexas, grande atenção à escolha e à formação do pessoal das prisões, frisam, num dos dispositivos, que é de um pessoal bem escolhido, íntegro, humano, apto e profissionalmente capaz, que depende a boa gestão dos estabelecimentos prisionais.

Este estabelecimento, cujo Diretor está comemorando trinta anos no cargo, merece parabéns pelo pessoal que tem; o pessoal merece congratulações pelo Diretor que tem.

O pensamento escandinavo a respeito de controle de crimes. Atuais correntes (*)

INKERI ANTILA

Diretora do Instituto para Prevenção
e Controle do Crime de Helsinki —
HEUNI, filiado às Nações Unidas

Tradução de

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Coordenadora do Curso de Especializa-
ção em Direito Penitenciário da Facul-
dade de Direito da Universidade
Federal de Goiás

Todos os manuais de Criminologia nos informam das diferenças na criminalidade dos diversos países e diversas culturas. Pode-se, mesmo, comprovar que o método de controle do crime varia de uma região para outra, ainda que a criminalidade em si mesma possa ser mais ou menos semelhante. Portanto, para compreender a situação do crime, é preciso compreender o método do seu controle. Em matéria de pesquisa criminológica, a análise do método de controle em diferentes países constitui um interessante e importante campo de indagação. Para dar um exemplo: uma questão que estimula a continuar a pesquisa é a de descobrir por que o número — a taxa — de presos pode ser tão diferente em países vizinhos ocidentais, em que o bem-estar é garantido pelo Governo; por que é que alguns países, por exemplo os Países Baixos, têm somente uma fração do número de presos do outro país, como seja a Finlândia?

Hoje em dia, pode-se achar que o nosso mundo moderno é mais unificado que outrora. Todavia, ainda existem enormes diferenças entre uns e outros métodos de controle do crime. Quer-me parecer que até mesmo na Europa Ocidental há “zonas” de controle do crime bem distintas: a zona franco-italiana, a zona ocidental, incluindo a Grã-Bretanha e os Países Baixos, e a zona norte, abrangendo os países escandinavos. Os países socialistas podem constituir uma zona, embora difiram um do outro mais do que os observadores ocidentais possam pensar.

Meu próprio país, a Finlândia, é culturalmente parte da Escandinávia. Todos os países escandinavos compartilham de uma comum herança jurídica — com efeito, até 1809 a Finlândia era

(*) Título original inglês: “The ideology of crime control in Scandinavia. Current trends”.

parte da Suécia — em razão do que puderam elaborar um bem organizado sistema de cooperação quanto a controle do crime, para isso dispondo de comissões permanentes e realizando reuniões anuais de alto nível.

Os sistemas de justiça criminal dos países escandinavos continuam tendo muitos princípios comuns. Um deles é o da relativamente estrita legalidade, à luz do qual os juízes e tribunais têm menor poder do que, por exemplo, os dos países da *common law*. Daí decorre que os pronunciamentos judiciais são muito adstritos à lei estrita. Outra característica típica de todos os países escandinavos é que as penas privativas da liberdade são tradicionalmente aplicadas em termos determinados. Do ponto de vista internacional, todos os países escandinavos preferem as penas privativas da liberdade de não longa mas curta duração, como se realmente essas medidas fossem as utilizadas em qualquer caso. A multa é que é muito freqüentemente utilizada.

Como acontece em qualquer parte, também na Escandinávia parece que cada década apresenta novos temas para discussão pública. Na Escandinávia, o tema crucial durante a década de 1960 foi o sistema de sanções. As questões e as propostas apresentadas eram expressões principalmente da chamada orientação do tratamento, e da mentalidade da “lei e ordem” com suas penas severas e generalizado recolhimento dos reincidentes a prisão.

Em países de pouca extensão territorial, como os da Escandinávia, pequenos grupos de especialistas ou mesmo a opinião pessoal de líderes podem originar claras mudanças na legislação ou nos debates públicos. Essas novas idéias a respeito do sistema de sanções levaram, em todos os países escandinavos, às primeiras reformas parciais no lapso de tempo de dez anos a contar do início das suas manifestações. Durante a década seguinte, isto é, 1970, as novas idéias deram impulso a esforços para elaborar novos códigos penais (o que aconteceu na Finlândia e na Noruega) ou efetuar reformas parciais substanciais (como foi o caso na Dinamarca e na Suécia).

No começo, essa nova linha de pensamento foi, às vezes, entendida como nova interpretação do princípio da legalidade ou como neoclassicismo. Hoje, porém, o neoclassicismo tem, nos Estados Unidos, bem diferentes conotações, a mim me parecendo que seria demasiado ambíguo, senão falaz, invocá-lo para caracterizar as tendências escandinavas.

Quais são, então, os mais importantes princípios desta nova corrente de pensamento na Escandinávia?

1) O ponto de partida é, sem dúvida, que a confiança na capacidade do sistema de justiça criminal, para eliminar a criminali-

dade, já se perdeu há muito tempo. Em qualquer sociedade há, e sempre haverá, algum comportamento que, na opinião da maioria, perturba e não pode ser tolerado. O crime jamais desaparecerá, embora possa assumir diferentes formas em diferentes épocas.

Na Escandinávia é amplamente aceita a idéia de que é bem modesto o papel do sistema de justiça criminal, no que se refere ao controle de comportamentos indesejáveis.

2) Não mais se acredita, na Escandinávia, que, como razão de ser da pena, a sua finalidade haja de consistir na “reabilitação”. A idéia de que as sanções coercitivas — não importa sejam chamadas penas ou disfarçadas com qualquer outro nome — podem curar o criminoso da sua criminalidade foi abandonada.

Houve um tempo, há uns vinte ou trinta anos aproximadamente, em que os especialistas escandinavos acreditavam que os presos, comumente, podiam ser reformados por meio de processos de “reabilitação” cientificamente planejados. Essa filosofia conquistou uma legião de adeptos; essa teoria parecia ser humana e branda em comparação com a justiça criminal. Entretanto, o peso acumulado das pesquisas foi pouco a pouco levando à conclusão de que havia bem escasso apoio empírico para tal teoria do modelo médico ou do tratamento generalizado. Também ficou claramente demonstrado que esse modelo não conduzia necessariamente a qualquer sistema que fosse mais brando ou mais humano. Ao contrário, não raro ensejava penas de longa e indeterminada duração, às vezes até mesmo por insignificantes infrações. Ademais, ignorava o princípio da igualdade perante a lei. Durante os últimos decênios, a filosofia do tratamento obrigatório perdeu a sua credibilidade na Escandinávia, bem como a maior parte do apoio que lhe fora dado.

Estou repetindo tudo isso, porque houve um tempo em que os países escandinavos, especialmente a Dinamarca e a Suécia, eram vastamente conhecidos como precursores da orientação do tratamento. Sem dúvida, a idéia, em si mesma, foi inventada alhures, mas floresceu na Escandinávia. Há coisa de vinte e cinco anos, foi oficialmente proposto, na Suécia, que a palavra “pena” fosse substituída pelo termo “sanção”. Alguns estabelecimentos especializados para psicopatas, como Herstedesvester, na Dinamarca, eram conhecidos no mundo todo. Agora, o recolhimento indeterminado a prisão está abolido ou, pelo menos, rigorosamente restrito, em todos os países escandinavos.

3) Em muitos países, o abandono do modelo médico (ou teoria do tratamento) tem sido freqüentemente associado à aceitação da idéia de prevenção por meio de penas severas ou exacerbadas. Em linhas gerais, esse risco deve, certamente, ser levado em conta.

Na Escandinávia, porém, ele não ocorreu. Como acabo de mencionar, na Escandinávia as penas são antes brandas. A multa é aplicada como a mais comum das sanções do sistema, enquanto que as poucas penas privativas da liberdade aplicadas têm, geralmente, a duração de dois a quatro meses. Raramente as penas privativas da liberdade aplicadas têm a duração de anos: 2 a 3% das aplicadas anualmente têm duração superior a dois anos. Raramente são feitos acréscimos às penas de curta duração, pois se entende que o efeito esperado dura, em geral, pouco tempo, enquanto que os custos e o sofrimento excedem as possíveis vantagens.

O que ainda permanece da teoria do tratamento coercitivo diz respeito a grupos especiais de delinqüentes, como os viciados em drogas, ou se relaciona com penas bastante suaves e sem prisão, como é o caso da *probation*. Em realidade, as opiniões divergem quanto à legitimidade e à eficácia da supervisão quando combinada com a *probation* ou com a *parole* (*). (Assim mesmo, ambos os regimes parecem estar demasiado bem fundamentados para admitir qualquer reforma substancial.) Novas modalidades de sanções sem prisão têm sido excogitadas. Além do bem conhecido substitutivo que é o "serviço comunitário", atualmente em experiência na Dinamarca e na Noruega, uma nova sanção, denominada "supervisão intensiva", foi, não faz muito, oficialmente projetada na Suécia. Trata-se de uma sanção para aqueles delinqüentes que precisam de mais cuidadosa atenção e supervisão do que os delinqüentes em geral.

4) Na Escandinávia, a idéia de que a pena tem, deve ter, um efeito preventivo geral é amplamente apoiada. Entretanto, é preciso esclarecer o que é que os escandinavos entendem por "prevenção geral". Um dos componentes da prevenção geral é, com certeza, o efeito dissuasivo. Esse, por sua vez, depende da severidade da sanção e da certeza subjetiva de que a pena será aplicada, certeza essa provavelmente mais importante do que aquela severidade. Outro, porém, e talvez mais importante, aspecto da prevenção geral é a preservação das normas morais, devida à execração pública de comportamentos indesejáveis por serem moralmente maus, errôneos.

Pode ser que, mais do que necessidade histórica, tenha sido erro histórico deixar que as prisões assumissem o papel central do nosso sistema de sanções. Mesmo assim, pelo menos por enquanto, as prisões não de continuar fazendo parte do nosso sistema. A sua principal função consiste em dramatizar a intensidade da condenação social, o que contribui para a eficácia dos mecanismos de prevenção do dito sistema nosso. Em certos casos concretos, as prisões servem também para tolher delinqüentes perigosos. A sua

(*) Nota da trad.: *Mutatis mutandis*, a *probation* corresponde à nossa suspensão condicional da pena, e a *parole*, ao livramento condicional.

principal função, entretanto, é fortalecer o efeito de prevenção geral da pena.

Dou-me conta de que muitos são os que têm reservas a respeito do efeito de prevenção geral da pena. Sem dúvida, a situação varia de um país para outro. A situação mais favorável, a esse respeito, pode ser encontrada em países pequenos, cuja população é homogênea; todos os países escandinavos poderiam encaixar-se nessa descrição. Há pouco tempo, um professor americano me disse que nos Estados Unidos existe pouca base para a prevenção geral, pois que nunca se sabe que pena o tribunal realmente aplicará. Isso não acontece na Escandinávia. Embora também nos países escandinavos haja consideráveis diferenças quanto ao que as pessoas de diversas idades e diversa experiência vivida sabem da lei e sua aplicação, recentes estudos demonstram que a população em geral está bem informada a respeito do grau de severidade das penas correspondentes aos crimes mais comumente cometidos. Há poucos anos, metade, aproximadamente, dos entrevistados sabiam qual era a pena cominada para os casos que, na ocasião, foram mencionados. Sem dúvida, devemos ter presente que na Escandinávia os tribunais adotam maior uniformidade nas sentenças, do que ocorre em muitos outros países. Naturalmente, isso faz com que seja mais fácil à população conhecer o grau de severidade das penas.

Na Escandinávia, parece claro que a aceitação da idéia de prevenção geral não significa aceitação da necessidade de penas severas. A própria idéia de que certa severidade das penas seria necessária para assegurar uma efetiva prevenção geral é repelida. Isso se aplica sobretudo à prevalência e à severidade das penas privativas da liberdade.

Em países urbanizados e industrializados que se preocupam com o bem-estar público, a frequência e a longa duração das penas privativas da liberdade parece que realmente têm decrescido. Isso pode levar à ilusão de que o próprio sistema de justiça criminal ter-se-ia tornado mais brando. Mas, ao mesmo tempo, a significação punitiva da pena privativa da liberdade, conforme a experiência sofrida pelo delinqüente e o seu ambiente, tem aumentado muito, de conformidade com o melhoramento das condições de vida. Assim, pois, uma pena privativa da liberdade que ontem podia ter parecido branda é hoje sentida como muito mais severa. Esse argumento tem sido frequentemente usado na Escandinávia para fundamentar pedidos de substitutivos de penas privativas da liberdade, ou para diminuir-lhes a duração.

A maior parte dos especialistas em política criminal, na Escandinávia, no entanto, entendem que esses substitutivos da privação da liberdade permanecem, em princípio, punitivos. É de ser salientado que, do ponto de vista da prevenção geral, seria mais

apropriado denominar a sanção (por exemplo) “admoestação punitiva”, do que meramente “renúncia de punir” ou “livramento incondicional”. A multa tradicional não deveria ser esquecida ou desprezada. Ela satisfaz as exigências da justiça, desde que cominada e aplicada de acordo com o velho método europeu do “diá-multa”, criado em Portugal, a seguir adotado na Finlândia, e, atualmente, usado em muitos países europeus. Nessa modalidade de pena, são levadas em conta a gravidade do delito e, bem assim, as condições econômicas do delinqüente.

Na Escandinávia, como, aliás, na Europa Continental em geral, o termo *diversion* (desvio, diversificação) é raramente usado. Há pouco mais de dez anos atrás, simplesmente não sabíamos que na América era usado para designar quase toda e qualquer modalidade de sanção substitutiva. Viemos, então, a nos dar conta do que, tecnicamente, o termo significava. Também nos demos conta de que *simple diversion*, que inclui a não-instauração de ação penal, ou a não-aplicação de pena, era, em realidade, muito familiar e largamente usada na Escandinávia. Tal medida é realmente tão difundida que na Suécia a renúncia de (instaurar) ação penal ocorre, anualmente, em cerca de metade dos casos de furto. Na Suécia, a renúncia de (instaurar) ação penal é possível não somente em razão da insignificância da infração, mas por motivos diversos.

A *diversion with intervention*, que significa transferência do caso a outra autoridade, possivelmente a outro sistema de sanções sociais, não é vista com bons olhos na Escandinávia. Entende-se que o uso de *diversion with intervention* é dúbio, e pode ter um rumo perigoso. Em primeiro lugar, porque seria muito difícil avaliar a severidade dos substitutivos das sanções, não obstante sejam denominados sanções, ou tenham qualquer outra denominação. Em segundo lugar, argumentou-se que o efeito de prevenção geral diminuiria se parecesse que o delinqüente não estava sendo punido de modo algum. Conforme o modo de pensar escandinavo, a *diversion with intervention* só pode ser admitida muito limitadamente, por exemplo, no caso de jovens drogados. Na prática, serviria, em geral, como substitutivo da pena privativa da liberdade, somente, e desde que o próprio delinqüente tivesse sido preparado para a substituição da dita pena por outras medidas. Essa idéia é clara na nova sanção sueca denominada “tratamento contratual”, que implica em o condenado comprometer-se voluntariamente a se submeter a determinado programa de tratamento numa prisão, notando-se que essa sanção só pode ser aplicada se o delinqüente, de qualquer modo, deve ser recolhido a prisão.

5) Se o principal objetivo do sistema de controle do crime é a prevenção geral, o sistema de sanções deve ser tão claro e sem complicação quanto possível. Assim, seria possível ao povo em geral entender e aceitar o sistema. Como já mencionei, na Escandinávia

a legislação tem e sempre teve uma posição central, e presente-mente a filosofia escandinava enfatiza, ainda mais do que antes, a importância da lei escrita. O máximo e o mínimo da pena para cada delito estão previstos na lei. Ultimamente, os limites máximos, considerados excessivamente altos, têm sido criticados, entendendo-se que conferem exagerado poder aos juizes, poder esse de que é possível haver abuso, pela aplicação de penas demasiado severas e até arbitrarias.

Li com grande interesse a respeito das diretrizes para o proferimento de sentenças, elaboradas e adotadas em vários dos Estados-Membros dos Estados Unidos, pois semelhantes idéias já estão incorporadas no direito escandinavo. De acordo com a tradição escandinava de legalidade, porém, tais diretrizes não são elaboradas por autoridades administrativas, mas pelo Legislativo. A Islândia foi o primeiro país escandinavo a incorporar na legislação diretrizes gerais para o proferimento de sentenças. Na Finlândia, uma lei nesse sentido foi promulgada na década de 1970.

Quando se observa a lei finlandesa a respeito do proferimento das sentenças, é preciso lembrar que a lei penal finlandesa estabelece o máximo e o mínimo da pena para cada delito. O capítulo sobre a sentença, do novo código penal, começa com uma norma geral estabelecendo que, na escolha da pena a ser aplicada, deve ser dada atenção à uniformidade prática; em outras palavras: à igualdade de tratamento dos delinqüentes perante a lei. A norma dispõe também que toda pena deve ter justa proporção com a periculosidade e a gravidade do delito em concreto. Tudo isso significa favorecer a uniformidade das penas com fundamento na proporcionalidade entre a intensidade da culpa do delinqüente e a severidade da pena. Não é admitida pena excessivamente individualizada. Entretanto, é importante ter presente que sempre poderá haver lugar para discricionariedade quanto a penas mais brandas, apesar de não admitida em sentido contrário. A teoria das "tarifas" ou das "penas padronizadas" para delitos diversos é, conseqüentemente, fundada numa relação desproporcionada.

De acordo com o modo de pensar escandinavo, a discricionariedade na aplicação da pena não deve ser fundada, por exemplo, no comportamento do delinqüente antes do delito; ao invés, deve centralizar-se no fato criminoso e na intensidade da intenção criminosa no momento do fato. As características externas e as conseqüências do fato têm importância secundária tão-somente.

Isso significa também que o reincidente não deve ser punido mais severamente do que o primário, a não ser que o novo delito indique ser ele um delinqüente deliberadamente calculista, que considere a pena, como é normalmente aplicada, relativamente branda. É verdade que esse princípio não foi, até agora, levado a seus ex-

tremos lógicos, em nenhum dos países escandinavos; por exemplo: a lei permite muita flexibilidade para conceder pena condicional — semelhante ao que nos Estados Unidos se denomina suspensão da sentença — aos delinquentes que não tenham passado longo tempo em prisão. Releva notar que na Finlândia uma reforma da lei, efetuada há menos de dez anos, aboliu a regra geral de pena mais severa (o que quer dizer especial flexibilidade) para os reincidentes, e que, a seguir, semelhante reforma foi feita na Suécia e na Dinamarca.

A Finlândia é o único país escandinavo a incluir no seu código penal um dispositivo específico sobre o cúmulo de penas. A lei dispõe expressamente que, na graduação da pena, se o resultado global não for razoável, tendo em vista o crime, devem ser prudentemente levadas em conta as diversas conseqüências para o criminoso, oriundas do mesmo crime ou da pena. Assim, por exemplo, a pena pode ser reduzida caso se saiba que, condenado, perderá o emprego, ou que ficou gravemente mutilado em decorrência do crime. O propósito daquela reforma é o de ir além de uma simples e automática uniformidade da pena.

6) O que acabo de descrever é o modo de pensar escandinavo, naquilo que se reflete na atitude a respeito da pena privativa da liberdade, e da administração prisional. De acordo com esse modo de pensar, as condições das prisões devem ser melhoradas, não só por questão de humanidade, mas por motivos de justiça, o que pode ser fundamentado como segue. As prisões são necessárias, em primeiro lugar para fortalecer a prevenção geral. De vez que os presos servem como exemplo e advertência, a carga que pesa sobre seus ombros deve ser aliviada. Deve ser-lhes dada ajuda psicológica e psiquiátrica, se assim solicitarem, bem como deve ser-lhes dada assistência após terem saído da prisão. A certos presos deve ser concedida uma pensão, se, por ter sido a pena de muito longa duração, resultar ficarem socialmente ineptos. Entretanto, os melhoramentos no regime prisional devem efetuar-se somente para mitigar as circunstâncias do ambiente das prisões. Nunca deverá parecer que um delinquente foi recolhido a prisão para seu próprio benefício, como, por exemplo, provê-lo de casa e comida por ocasião do inverno. É tão-somente porque, de qualquer modo, está preso que ele há de receber cuidados e tratamento.

Ademais, uma pretendida necessidade de tratamento não deverá dar às autoridades o direito de prolongar a pena ou recolher o delinquente a estabelecimento especial, do qual só possa sair mediante verificação de estar ele curado ou não da sua criminalidade. A reincidência não há de ser uma razão automática para recolhimento a prisão por tempo indeterminado, ou para rotular o delinquente como psicopata que necessita de tratamento especial.

Dantes, fazia-se oposição às penas de curta duração, com fundamento em que elas não dissuadem nem “reabilitam”. De vez que agora sabemos que tampouco as de longa duração “reabilitam”, resta-nos avaliar a importância da dissuasão. Parece-nos que ao menos nos pacatos países escandinavos, até mesmo penas de curta duração servem como advertência individual e como instrumento de prevenção geral. A importância da pena de longa duração é consideravelmente menor do que antes se pensava.

Por isso, agora se entende que a duração costumeira das penas deve ser reduzida. Na maior parte dos casos, as penas privativas da liberdade podem ser medidas em dias ou semanas, ao invés de em meses ou anos. Tal orientação está sendo seguida na Noruega e na Dinamarca, onde as penas de até três meses de duração (quatro na Dinamarca) são medidas em dias. Agora que sabemos que as penas de longa duração não “reabilitam”, nada nos impede de também nós (na Finlândia) adotarmos penas de menor duração. A redução do mínimo legal genérico acaba de ser realizada ou, pelo menos, proposta, na Escandinávia, precisamente com esse fundamento. Na Suécia, esse mínimo foi recentemente baixado de um mês para catorze dias. Na Finlândia, onde o mínimo de privação da liberdade foi de catorze dias durante cerca de um século, propôs-se baixá-lo para seis dias.

7) Até aqui tratei do sistema de sanções. A apresentação da atual situação na Escandinávia não seria suficiente se ficasse limitada aos fundamentos da pena privativa da liberdade. Com efeito, durante os últimos anos tem-se argumentado que, no controle do delito, mais importante do que a punição é ter em mira o comportamento punível.

Existe, na Escandinávia, tendência à descriminalização, como, aliás, praticamente em todos os países da Europa. Há uma ou duas décadas, os denominados delitos morais eram os que, principalmente, estavam em cartaz, e algumas reformas foram efetuadas. Nesse tempo, por exemplo, a venda e a distribuição de pornografia foram descriminalizadas na Dinamarca e na Suécia. Quanto à Finlândia, foi ela o primeiro país a descriminalizar o que é conhecido como “embriaguez e perturbação da ordem”, havendo sido, em breve, seguido o seu exemplo pela Noruega e pela Suécia.

Posteriores tentativas de circunscrever o campo de ação do sistema de controle do crime têm procurado fundamentar-se mais na necessidade de motivos sensatos, razoáveis, do que especulativos. Um exemplo é a lei finlandesa sobre “multas penais padronizadas” a serem aplicadas pela polícia. De acordo com esse novo sistema, a polícia aplica as multas por transgressões leves, e emite *tickets* em que está consignado o montante da multa, notando-se que dito montante não se relaciona com a renda do transgressor. Entretanto, vários especialistas têm criticado esse sistema de multas,

pelo qual a pena vem a ser aplicada por autoridade outra que não judiciária; criticam-no principalmente quando o montante da multa significa sanção severa. Um exemplo é o da multa por excesso de carga nos caminhões. Os mesmos especialistas não consideram acertado cobrar taxas ao invés de aplicar penas, pois que, entre outros motivos, o efeito de prevenção geral, que o sistema de justiça criminal deve ter, pode ficar afetado, se o público passar a ter a impressão de que o pagamento de certa soma em dinheiro dá o "direito" de infringir a lei. De vez que as taxas não são vistas como punição, podem também tornar-se excessivamente severas, pois, como tais, nada há que obrigue a serem proporcionais à gravidade do fato em questão.

A discussão a respeito de descriminalização foi importante e, em parte, teve êxito. Entretanto, houve, ao mesmo tempo, uma posição em sentido contrário, isto é, no sentido de criminalização. Fatos causadores de perigo — não necessariamente lesão ou dano — constituíram o âmago dessa posição. Como exemplos de tais fatos, a serem criminalizados, ainda que deles não advenha qualquer dano efetivo ou lesão, pode-se citar: guiar automóvel em estado de embriaguez, e infringir as normas de segurança do trabalho. Nos últimos anos tem sido dito e escrito mais a respeito de fatos que devem ser criminalizados do que a respeito daqueles que podem ser descriminalizados. Na Escandinávia, como em quase toda parte, uma das cruzadas morais tem sido dirigida contra o que se denomina "crime econômico". Nesse ponto se apresentam vários problemas, já que as novas formas de "crime econômico" não podem ser facilmente incorporadas na legislação dos países escandinavos, que observam o princípio da legalidade. Essas legislações tradicionais têm evitado amplas e vagas definições de delitos, o que parece quase inevitável quando se trata de "crime econômico".

8) Há poucos anos, surgiu, nos Estados Unidos, uma teoria que, com a denominação de *the just desert movement*, tem merecido muita atenção. Em não poucos aspectos ela se aproxima do modo de pensar escandinavo, pois que dá ênfase à idéia de previsão e certeza da pena, rechaçando as penas indeterminadas de longa duração. (Na Escandinávia, o recolhimento a prisão de perigosos reincidentes, por indefinidos lapsos de tempo, é o que melhor corresponde a semelhantes penas.)

Notam-se, entretanto, grandes diferenças, também, que tocam questões fundamentais. A política de controle do crime escandinava é claramente dirigida para o futuro: ela acredita em razões de prevenção. Na jurisprudência escandinava, a aplicação da pena ou de certa quantidade de pena raramente é aconselhada pelo argumento de que o delinqüente a "merece", mas, antes, pela necessidade de prevenção geral ou de advertência individual. Parece que

não há necessidade de justificar a punição com argumentos de ordem metafísica, ou de expiação ou de retribuição.

É verdade que às vezes podem ser feitas referências ao conceito de retribuição. Essas referências podem dizer respeito a conscientes ou inconscientes elementos do senso de justiça genérico. A expiação pode ser trazida à baila na discussão, porque se entende que esse conceito pode ajudar o delinqüente a aliviar seus sentimentos de culpa ou pode ajudar a outrem, especialmente a vítima, a aceitar o delinqüente de volta ao seio da sociedade, quando vier a ser solto.

Idéia mais importante, porém, é a de que a justa retribuição pode também ser invocada para submeter, a normas de justiça, a solução própria do raciocínio voltado para o futuro. A idéia de justa retribuição é, então, vista como um princípio retributivo, com a tarefa de prevenir punições arbitrárias ou excessivamente severas. O controle do crime não deve causar ao delinqüente, individualmente, um sofrimento desproporcional ao perigo social da forma de criminalidade que está sendo controlada. Por isso, o Relatório da Comissão do Código Penal Finlandês, elaborado há cerca de uma década, alude freqüentemente ao ponto de vista de que o sistema de justiça criminal deve ser, ao mesmo tempo, "racional e justo".

Lendo relatórios a respeito de política criminal dos mais diversos países do mundo, impressionou-me a observação de que quase em toda parte se faz uma associação entre, de um lado, o neoclassicismo e o princípio de justiça, e, de outro lado, severidade da pena. Em não poucos países, parece até herético falar em prevenção geral como argumento de política criminal, como também parece que essa expressão é imediatamente associada a enorme severidade da pena. Assim, a Escandinávia, pelo que parece, está em especial posição. Durante anos não houve na Escandinávia qualquer intento de projeto, esboçado ou levado a cabo, de aumentar a severidade geral das penas. Ao contrário, todas as reformas têm sido no sentido de diminuí-la. O recolhimento a prisão por lapso de tempo indeterminado foi abolido ou rigorosamente limitado; na Noruega, a prisão perpétua foi abolida; na Dinamarca, tem havido deliberadas tentativas de baixar a média de duração das penas privativas da liberdade; enfim, em todos os países escandinavos têm aumentado a cominação e a aplicação de penas de multa.

Desejaria, portanto, mais uma vez frisar que, embora muitas das reformas realizadas na Escandinávia possam ser creditadas a uma orientação que tem muitas semelhanças com o neoclassicismo, não significa que seja uma orientação favorável ao aumento da severidade das penas. A referência a prevenção geral não significa que os responsáveis pela política criminal queiram amedrontar o público, com penas severas. Deve até ser salientado que essa orientação nada diz, absolutamente, a respeito do grau de severidade

das penas! Pode ser que, pois, as velhas tradições da Escandinávia tenham sido úteis: como estamos acostumados a uma diminuta severidade das penas, podemos conservá-las sem a mínima dificuldade. Qualquer mudança no sentido de maior severidade seria incompatível com o senso de justiça genérico, notando-se que não se encontraria, nos países escandinavos, qualquer justificação teórica para semelhantes mudanças.

Será que isso é tudo que possa haver com a política criminal escandinava? Certamente não. Há muito lugar para crítica, não obstante as reformas que já foram feitas.

Na Finlândia, os especialistas estão continuamente preocupados com o elevado número — a elevada taxa — de presos. A Finlândia goza da dúbia distinção de ter a maior taxa de presos na Escandinávia, apesar de o número de delitos, cuja pena é privativa da liberdade, não ser, proporcionalmente à população, maior do que na Suécia ou na Noruega, mas ao contrário; como exemplo, pode ser lembrado que o número anual de furtos levados ao conhecimento da polícia, na Finlândia, é somente de um terço do dos outros países. É preciso saber por que existem diferenças entre a Finlândia e os outros países escandinavos. Uma razão é que a Finlândia é muito rígida quanto à punição dos delitos contra a propriedade. Mas — e isso é interessante em si mesmo — outro fator é o elevado número de delitos elucidados pela polícia finlandesa; a taxa de elucidação de delitos é consideravelmente maior na Finlândia do que nos outros países escandinavos. De qualquer modo, os especialistas finlandeses concordam em que nós temos de ser capazes de conseguir ter a mesma proporção de presos, em relação à população, que os demais países.

Afora as sugestões de reforma que tem havido na Suécia, a crítica pode ser dirigida à sugestão de severas medidas administrativas, em substituição à pena, ou que seja confiscado o automóvel guiado pelo seu proprietário em estado de embriaguez.

Na Dinamarca, por sua vez, foi, ademais, surpreendentemente trazida à baila a idéia de que a função do promotor seria facilitada se admitida a renúncia de exigir demonstração da intenção de delinquir — quando essa é uma exigência preliminar que se impõe por si mesma. Finalmente, a Noruega parece ter problemas quanto à completa abolição das penas privativas da liberdade indeterminadas.

Assim, pois, a cada passo se depara com discussões em favor da exacerbação das penas ou, pelo menos, das sanções, na Escandinávia. Todavia, parece que a contínua e estreita cooperação entre os países escandinavos, na elaboração de projetos de lei e na pesquisa, há de possibilitar uma crítica construtiva e, ao mesmo tempo, assentar as leis da Finlândia, Suécia, Dinamarca, Noruega e Islândia, em fundamentos mais sólidos.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

A venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 90.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 90)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição — 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 — Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“CÓDIGO DE MENORES” (2ª edição — 1984)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“SEGURANÇA NACIONAL” (2ª edição – 1982)

- Lei nº 6.620/78 – texto, índices sistemático e temático
- Textos constitucionais e legislação ordinária
- A Lei de 1978 comparada à legislação anterior
- Anotações (opiniões e legislação correlata)
- Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição – 1984)

- Lei nº 7.170, de 14-12-1983 – texto com índice temático.
- Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.
- Anotações.
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”

(edição 1984) 4 volumes (com Suplemento de Atualização – 1986)

Constituição da República Federativa do Brasil – texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4ª ed. atualizada e ampliada – 1985)

- Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.

- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.
- Competência privativa do Senado Federal.
- Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.
- Comissão Parlamentar de Inquérito.
- Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.
- Impedimento de parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).
- Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985)

3 volumes

Leis Complementares nºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei nº 7.210, de 11-7-1984 – Texto anotado e indexado

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU)

Anteprojotos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto)

Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.210, de 11-7-84.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(formato bolso) (10ª edição – 1986)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/73 a 27/85.

Índice temático.

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

Quadro Comparativo
(5ª edição - 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado - Emendas nºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

"CONSTITUIÇÕES DO BRASIL"

(edição 1986) 2 volumes

1º volume - Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado - Emendas nºs 1/69 a 27/85).

2º volume - Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA (5ª edição - 1986) 2 volumes

1º volume - Legislação: Dispositivos constitucionais; Código Eleitoral, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Leis das Inelegibilidades, das Sublegendas, de Transporte e Alimentação (textos consolidados); Eleições de 1986; Ementário.

2º volume - Instruções do TSE para as eleições de 1986.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da *Revista de Informação Legislativa*.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: nºs 89 (janeiro/março de 1986) a 92 (outubro/dezembro de 1986).

Preço: Cz\$ 160,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias
das publicações da
Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito