

**PROVA À CÁTEDRA DE
DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL**

CONSTITUIÇÃO, SEU SENTIDO E TRANSFORMAÇÕES¹

²Pede-se um sentido de Constituição e, a seguir, suas transformações. De seus processos transformadores. Trata-se, pois, de algo mais amplo, ou geral, do que da simples conceituação de uma Lei Orgânica ou Código Orgânico, escrito ou não, destinado a reger as relações sociais no seio de determinado grupo humano. Relações sociais na mais larga compreensão, abrangedora de regras e disciplina políticas.

Daí só se perceber com clareza o objeto do ponto se tivermos em conta, como orientação didática, um quadro, síntese ou esquema ordenado nos moldes do anexo (junta-se o esquema, produzido no momento).

* * *

A noção é essencialmente psicológica e tende, por bem dizer invariavelmente, a ser abrangedora. E a que se tem de constituição é, de modo imediato, o de ordem, direção ou governo. Não será ou não induzirá uma idéia clara, nem talvez distinta: mas importa em uma idéia adequada, justamente porque a constituição governa, ao orientar e dirigir a atividade dos homens que com ela coexistem.

É sabida a existência de povos que viveram sem estado e puderam, ao longo de dilatada época, desenvolver a plenitude de sua atividade sem essa criação posterior, saída das circunstâncias especiais em que o evoluir dos acontecimentos tiveram papel precípua. Franz Oppenheimer, em seu livro sobre o estado, disso nos informa minuciosamente, com uma vasta cópia de dados concretos positivados em fatos históricos incontrovertidos. E é ainda o famoso professor alemão quem, após detido estudo sobre a maneira por que os homens satisfazem suas necessidades, resume suas apreciações numa dupla categoria a que chamou, – uma o *meio econômico* e outra o *meio político*. Define o *meio econômico* como sendo aquele em vista do qual o homem provê suas necessidades por meio do trabalho ou da troca equitativa de seu trabalho pelo de outrem ou de seus produtos e utilidades, e o meio político como sendo aquele pelo qual o homem se apropria do trabalho alheio, sem compensação alguma, ou

¹ Publicado in Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, págs. 83-93.

² Prova manuscrita de improviso sem consulta de livros, exceto de legislação não comentada.

mediante compensação equivalente aquela que, mais tarde, outros haviam de catalogar como a geradora da doutrina de *mais-valia*.

O estado é, para Oppenheimer, a organização do meio político. Não vamos, é claro, aceitá-lo irrestritamente, se bem que seus opositores (Ville-Neuve é, entre estes, o último de maior autoridade, embora não tendo logrado desfazê-lo, antes o aceitando em substância - Ver *Traité Générale de L'État*, vol. I, cap. sobre a gênese do estado) não tenham sido muito felizes ao criticá-lo. Vamos, tão somente, acatá-lo naquilo que em sua obra se contém como a gênese do estado.

Como resultado desse ponto de vista, do qual parte o sociólogo do estado, para, por fim, conceber a visão de uma federação livre longínqua, e no qual se insere por bem dizer toda sua teoria do processo evolutivo do trabalho e do raptó (as expressões são do autor), como resultado desse ponto de vista abrangedor, vamos escrevendo, promana, para nós ou para o interesse imediato de nossa dissertação:

1º que o estado é criação posterior à primitiva organização social já disciplinada por outros processos de poder e autoridade;

2º que, forçosamente, devia de haver outras bases orgânicas para tal disciplinação, fosse o direito anterior ao estado, traduzido em normas e regras elementares, costumeiras ou escritas, fosse a própria confusão entre direito, moral e religião.

Não interessam à tese as concepções indiferenciadas (indiferenciadas no sentido técnico) da autoridade e poder.

Ora, se assim é, temos como uma evidência que existiu, em todos os tempos, uma constituição e que ela atuou no interesse do grupo, tanto nas sociedades homogêneas como nas heterogêneas, tivessem elas ou não civilização diferenciada ou rudimentar. Vale afirmar: sem uma constituição foi que os povos não viveram nunca. Sem ela é que não se compreenderia a verdade repetida e cediça do aristotelismo – o homem é o animal político e doméstico por natureza – ou, antes, o poder ou “instinto associativo” de que falava Platão. É nossa primeira conclusão.

* * *

Desde que naquela afirmativa envolvemos um conceito de constituição – *constituere*, constituir, organizar, oferecer bases orgânicas, fundamentar, legitimar o exercício do poder, equilibrar interesses, coibir abusos, em uma palavra – possibilitar o curso ordinário da vida social e política sem dissídios ou choques excessivamente contundentes – corre o dever de salientar termos tido em conta um conceito puramente sociológico, e pois sob base de fatores ou fatos sociais dentro de uma visão histórica. Mesmo porque, até aqui, nos ocupamos de processos de adaptação social, ou seja – o fato social em si mesmo condicionado,

ou definido como elemento integrador. Também, e ainda dentro de idêntica ordem de idéias, teremos de adiantar nosso pronunciamento pela preponderância de uma ordem econômica como fundamento da constituição, desde a mais remota antigüidade. Em verdade se afastarmos um pouco do debate a razão de ser das primitivas associações humanas, explicando a sociedade como um fato natural, ou dado da natureza, como preferiu Del Vecchio; se prescindirmos, de nos perdermos nos detalhes das três principais concepções ou teorias explicadoras das sociedades humanas – a mecânica ou atomista, a orgânica, utilitarista ou biológica e, por fim a sociológica; se pusermos à margem minudências, para evitarmos cair em um *mimicry*; o que temos é o homem fixando-se ao solo quando vivendo em agrupamentos sedentários, pastoreando ou guerreando mais freqüentemente quando nômade, etc., mas, seja como for, tudo isso para a satisfação de suas necessidades, elementares de começo, limitadas em número de princípio, ilimitadas em quantidade, concorrentes, fixadas pelo hábito ao depois (terminologia e classificação dos economistas). Foram essas necessidades, são elas ainda, feitas em escala evolutiva o *leit-motiv* de toda atividade humana. E, pois, o economismo governado, não diremos que sem contraste porque dentre as normas reguladoras da convivência humana surgiram, nascidas de necessidades psicológicas, às vezes, anteparos ou diques ao processo brutal da satisfação das necessidades exclusivamente econômicas, v. g. – o abrandamento de costumes impostos pela religião em si mesma e, às vezes, até pelo culto em seus aspectos exteriores. Mas o processo integrativo da sociedade, que as constituições comandam, teve em todos os tempos, e continua a ter, o governo das normas jurídicas. Simples de princípio, donde Duguit asseverar que a primeira norma foi a que associou os homens (aliás, os adversários do famoso Deão viram nisso uma conclusão metafísica tirada pelo positivista que ele se dizia – ver *Traité de Droit Const.*), coordenadas em seguida, elas se tornaram complexas, donde defluiu o direito como fato social amplo e realizador daquele conceito que Cogliolo (*Filosofia do Dir. Privado*), no fim do século passado, tão bem formulou em páginas que chegam até nossos dias sem derrogações pela ansiedade e contradição do presente, a saber – “o direito sai de toda a civilização” por intermédio de veículos que o autor menciona.

De modo que, em última análise, é o direito, com os seus processos de adaptação e integração que oferece o conceito totalitário da constituição.

É nossa segunda conclusão, sem que ela entre em conflito conceitual com a doutrina econômica do estado, ou melhor – sem que se choque com a nossa primeira conclusão, tanto mais quanto pensamos e isso resulta de nossas afirmativas: a) que o direito coexistiu com a sociedade desde seus primórdios; b) que se adaptou invariavelmente às diversas formas e modos de ser dela; c) que, desta sorte, andou paralelo à constituição, tanto no sentido amplo de que falamos no começo, quanto no sentido técnico (jurídico, econômico ou eclético) que posteriormente revestiu, deles se armando.

Nem, convém salientar, esse nosso modo de ver é Kelseniano. Porque não entendemos a constituição como fonte primária do direito, este e o Estado se confundido no mesmo plano do normativismo exposto pelo jurista austríaco. Ou por outra, se observarmos a existência do direito como anterior ao estado, não seríamos nós que iríamos adiantar, em contradição conosco mesmo, que estado e direito coincidem. A menos, ressaltamos, que entendamos os primitivos processos disciplinadores da atividade social como sendo o poder embrionário do estado. Mas, não é essa nossa maneira de conceber o estado, nem Kelsen autoriza, como nós o fizemos, se conceba a constituição no sentido abrangedor como nós a concebemos neste trabalho. A constituição da doutrina Kelseniana é, por bem dizer, a constituição técnica. A constituição do normativismo lógico, notadamente jurídico até o grau extremo, a ela somente superando, quando juridicamente firmado, os tratados que conduzam à união de estados (aspecto internacionalista da doutrina). A constituição conteúdo da *Teoria Geral do Estado* (ver no *Aperçu* daquele autor, como, ele próprio, inicia sua concepção da teoria geral do Estado in *Revue de Droit Publique*, 1926), teoria na qual, diz Kelsen, é de tradição reunir um conjunto de questões, as mais das vezes heteróclitas, como ele próprio o assegura.

Historicamente, o sentido da constituição se insere no próprio princípio que ela vise servir. Digamos mesmo, ordenar: Partindo do pressuposto de que a constituição concretiza princípios ou aspirações sentidos, mas esparsos, em determinado momento histórico, ela é, neste tentame, o momento político destinado a reger a vida política de um povo³.

Com as divisões e subdivisões clássicas que todos conhecemos, fiquemos em Vico ou venhamos até os Herder ou Smith quando a meia perempta filosofia da história e estádio e ciclos civilizadores, vamos encontrar sempre esta constante: a cada grande época da história corresponde uma civilização dominante e acima dos homens que a encham. É a Antigüidade Remota (permita-se a tautologia) com o instinto de conquista e do heroísmo *sui generis* que a caracterizou; é a Antigüidade Clássica (civilização greco-romana, mediterrânea), de expansionismo, hegemonia guerreira, gênio artístico e filosófico num quadrante, político e jurídico – individualista noutro, e, já nos últimos tempos, temperada em sua rudeza originária pelo cristianismo nascente; é a Idade Média, com o deslumbramento dos bárbaros pela civilização dos vencidos, em virtude disso mesmo elaborando diretivas que mais tarde viriam à tona oportunizadas pelas novas condições do meio; é a Idade Moderna recolhendo a lição dos fatos das épocas anteriores e, de par com o campo que as grandes descobertas, invenções e a Reforma abriram, se levantando com a formação das nacionalidades modernas até fixá-las no governo de si mesmas, por sua vez diferenciadas pela orientação da Revolução Francesa

³ Alain escreveu: "*Nul ne fait les Constitutions. Toute constitution est sortie de l'esprit d'un peuple par le développement interne, ou pour mieux dire toute constitution est l'esprit d'un peuple.*"

e, contemporaneamente, por todos os processos de vida que uma síntese de cultura, de industrializações, etc., tocam em todos os ângulos. Mas aquela civilização dominante de que falamos acima para cada grande época ou ciclo histórico não evita que cada um deles carregue o resíduo do que passou e que, traduzido em sentimentos (para usar a terminologia contista), se faça, *pari passu*, um misto de novo e da tradição.

Assim situado o contingente geral que a história fornece às instituições, considerando a constituição como o traço mais vivo e forte das instituições jurídicas dos povos, o que temos é o sentido da constituição como o mais notável repertório das aspirações de uma gente em cada momento histórico.

A Magna Carta inglesa, as Ordenações de Clarendon, os diversos Acts que as precederam, mais remotamente, como as limitações ao individualismo em nossos dias, são, para a Inglaterra, o retrato vivo da mentalidade anglo-saxônica lá governante: individualista por séculos e séculos, talvez germânica de origem (a observação é de Montesquieu, no *L'Esprit de Lois*), e, agora, temperada no equilíbrio mais forte e contrastante entre o passado e o presente. Dir-se-ia que o sentido da constituição, ali, foi liberal e individualista até o passado próximo (diríamos mais precisamente — vitoriano), enquanto agora é socializante no modo de encarar de seus estadistas propensos às franquias econômicas para o proletariado contanto os distancie e afaste do poder político (esterilização política do proletariado).

Se este trabalho se prestasse a maiores ilustrações e permitisse a mingua de tempo de que dispomos para produzi-lo de improviso poderíamos citar inúmeros exemplos, todos arrematáveis no duplo sentido das modificações institucionais governando o sentido das constituições: sentido subjetivo e sentido objetivo. No primeiro agindo por mais que não queiramos o fator homem (homem indivíduo) com a sua própria concepção da vida e da sociedade (será isso que leva Alberto Torres a dizer já haver passado o tempo em que dominava o preconceito de não haver homens necessários, como antes levara Oliveira Martins, *Helenismo e Civilização Cristã*, a traçar aquele quadro impressionante de Alexandre como um resumo de suas tendências e origens transpostas para a história); no segundo, agindo e reagindo a fatos conforme as circunstâncias de tempo e espaço em que se produzem (combinação da geografia social e humana com a mesologia).

De si mesmo, já o que aí fica é um resumo do que se pode afirmar quanto ao sentido de constituição. Mas poderemos assentar, numa espécie de resumo do resumo:

1º que o sentido de uma constituição é o sentido das instituições jurídicas e sociais da época em que ela preenche sua função;

2º que é esse poder adaptativo que a sustenta, que a faz vigorante e lhe dá eficácia;

3º que, outrora, as constituições foram tipicamente jurídicas, que abrangiam os diferentes domínios da vida coletiva (outrora em referência ao passado próximo), entrando as demais instituições como pressupostas daquelas, enquanto, hoje,

4º se o ordenamento de uma constituição é de natureza jurídica porque o direito subsiste, ele também é, mais do que nunca, feito de detalhes explícitos compreensivos de particularidades antes remetidas para a legislação ordinária (economia, educação, cultura, escola, família, proteção ao trabalho, etc.).

E, se não a constituição econômica e social, a constituição no sentido econômico e social que este é, em remate, o pensamento diretor de nosso tempo.

A constituição se transforma. Depois de haver sustentado que o sentido da constituição varia com as próprias variações orgânicas da sociedade, é assertiva conexa afirmar a transformação da constituição, que não é, nunca foi entendida como um *nole me tangere*.

A reforma da constituição se opera:

1º sob orientação sociológica pura;

2º sob orientação jurídica pura, embora influenciada pela primeira;

3º sob a pressão brusca de acontecimentos superiores aos seus suportes jurídicos.

Caso A:

Entre outros modos de orientação sociológica no transformar da constituição, figura, como precípua, a educação. É esta que, tocando todos os ângulos da vida, estabelece e, de grão em grão, arrasta os homens e povos a conceder novas formas e conteúdos para o governo da sociedade politicamente organizada.

Caso B:

Sob orientação jurídica, a constituição se transforma mediante regras, preceitos e exigências que em geral estão escritos nos próprios textos que contêm os processos de transformação. Todavia, às vezes, elas remetem para as leis ordinárias, que, assim, também transformam as constituições. Exemplos disso temos em constituições como a da Itália, essas conhecidas, em geral, como flexíveis.

As constituições ainda se modificam e transformam por meio de interpretações dos tribunais (caso típico de flexibilidade). Mas é aí que releva examinar o problema do poder para tanto. Há ainda o abandono de certas normas preestabelecidas nas constituições, e é a esses processos, negativos por excelência, a que se liga a morte por inatividade dos preceitos consubstanciados na

constituição

Caso C:

Há também as revoluções como meio de transformar a constituição. Para os que legitimam a resistência às leis injustas, ou injustamente cumpridas, legitimam juridicamente – poder-se-ia catalogar o processo entre os chamados jurídicos. Restaria, porém, examinar se o problema da resistência decorre da garantia e defesa da constituição, como legitimação, ou se o pacto constitucional se furta ao conceito permissivo de resistência

(Esgotado o tempo. A parte final, embora completa, foi tocada às pressas e, pois, sem o desenvolvimento necessário)

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

(a.) Artur de Souza Marinho

ESQUEMA

