

BIBLIOTHECA DE CULTURA JURIDICA E SOCIAL
Volume 11

JOÃO MANGABEIRA

Relator geral do anti-projecto governamental apresentado á Assembléa Nacional Constituinte em 1932.

EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO

Biblioteca Ernesto Lema



1934

COMPANHIA EDITORA NACIONAL
RUA DOS GUSMÕES, 24-A - 30 - SÃO PAULO

menta: "Il criterio del diritto acquisito, così discusso nella dottrina, non porta davvero, inserita nella legge, una luce particolare." Que não diria o mestre, se visse "o criterio tão discutido na doutrina", inserido numa Constituição? No campo do direito publico, não é menor a repulsa a tal principio. Duguit dá-lhe combate formidavel, demonstrando-lhe a improcedencia absoluta. E' lér o seu grande tratado de Direito Constitucional. E em fevereiro de 1926, fazendo uma conferencia na Universidade do Cairo, assim se pronuncia: "Daqui a poucos mezes fará meio seculo que ensino direito. E não sei até hoje o que seja direito adquirido". E acrescentava: "A expressão direito adquirido deve ser, pois, impiedosamente rejeitada, porque não tem sentido". E' esta velharia, este não senso, esta doutrina abandonada, que se haveria agora de incluir como novidade, numa Constituição de 1934! A theoria do direito adquirido e da expectativa de direito está, por assim dizer, relegada para os recantos do museu juridico. Até mesmo porque, e como observa Duguit, ninguem disse até hoje, nem dirá jamais, "o que seja um direito não adquirido". Essas noções abstratas, metaphysicas e indemonstraveis, não podem figurar numa Constituição. Serão normas, principios ou theorias juridicas que orientarão o juiz ou inspirarão os juristas, nesse trabalho profundo e maravilhoso da investigação scientifica e da jurisprudencia. São ellas, paraphraseando Marx, que levantam sobre a infrastructura rija da lei a superstructura flexivel e alta do direito. Nem por não existirem na Constituição certos principios hão de desaparecer! Mas o seu mundo é outro. Não é num instrumento politico que elles podem existir e florescer. Nem a sociedade, nem o Estado, nem a Nação se deixariam prender por esses artificios, nos seus transe de soffrimento ou de perigo. Em dias taes, o legislador deve ter as mãos livres para encontrar a formula politica camoções sociaes as ficções juridicas dos dias tranquilllos, é procurar os templos de Atlantida submergida.

O Projecto, o Ante-Projecto e a Ordem Social

Acabamos de fazer, quasi de um lanço, a leitura do projecto da Comissão dos 3, tal como "A Nação" o estampou, no seu supplemento de hoje.

Não podemos neste momento fazer uma analyse circumstanciada e minudente do longo documento, apontando-lhe os méritos ou salientando-lhe os defeitos, sobretudo no confronto com o ante-projecto, a que visa substituir. Mas a impressão geral que o substitutivo nos deixa, é que, no tocante á organização dos Poderes e á distribuição das competencias entre a União e os Estados, mantem o novo texto as idéas centraes do ante-projecto.

A gritaria dos advogados das oligarchias estaduaes, blaterada como defesa da federação, não prevaleceu no substitutivo agora apresentado. Quasi todos os poderes que o ante-projecto conferiu á União foram mantidos; o pacto ultrafederalista de 91 reduzido, como devia ser; e circumscriptos os direitos dos Estados á orbita de sua competencia natural em nosso regime. E' lér toda a extensa e miuda série de attribuições privativas da União enumeradas no art. 7.º. E quando o substitutivo não chega, como o ante-projecto, á unidade do processo, em todo o caso, declara caber privativamente á União "legislar sobre as normas fundamentaes do processo civil e criminal nas justiças dos Estados bem como do regime penitenciario".

Estamos certos, que a Assembléa restaurará por emenda,

a unidade do processo, como pede o Brasil inteiro, menos o Tribunal de São Paulo.

O mesmo quanto à organização judiciaria, restabelecido o systema eclectico do ante-projecto.

Não podemos crer que a quasi totalidade dos Estados brasileiros se deixe annullar, abandonando os pedidos insistentes de suas populações por todos os seus órgãos, tão sómente para cortejar o Tribunal de um grande Estado. De mais surgiriam dora avante, novas difficuldades, no definir, segundo a jurisprudencia, tão variavel, o que são "normas fundamentaes do processo". Não se esqueçam os constituintes, que um dos mais brilhantes chronistas judicarios do mundo já definiu a jurisprudencia como "o registro das variações dos tribunaes". A que surpresas, portanto, não ficariam expostos ou pleiteantes, na annullação de processos, decorrente da definição de "normas fundamentaes", nas cambiantes daquellas mutações. O substitutivo mantem egualmente as disposições do ante-projecto no que respeita aos famosos exercitos policiaes, bem como no tocante à intervenção dos Estados.

Na organização do Poder Legislativo, se não attinge ao regime unicameral, disto anda perto, porque o Conselho dos Estados que elle adopta, não é o Senado reaparecido sob outro nome; mas antes o Conselho Supremo enroupado noutras vestes. Porque a maior parte das leis independem da collaboração dessa Camara, cuja participação, de egual por egual, sómente se faz nas materias enumeradas no art. 43. Ainda assim, nas que a Camara dos Representantes tem prioridade, se esta Casa rejeita as emendas daquella, o projecto sóbe logo à sancção. Todavia ha muito ainda que podar, caso prevaleça o systema bicameral mitigado, que o novo texto estabelece. Nas attribuições do Presidente, dos Ministros e da Justiça, bem como na Defesa Nacional, em summa, na organização dos Poderes e da administração, o substitutivo não diverge muito do ante-projecto.

REACCIONARISMO DO PROJECTO

Onde, porém, deste aquelle se differencia, é no espirito reaccionario que o anima, pondo-o, não raro, em riste contra a liberdade, nos seus direitos mais sagrados. Assim, submete á Justiça togada o julgamento dos crimes politicos, em vez de os entregar ao jury, garantia sem par aos delinquentes dessa especie, recommendada, em casos taes, mesmo pelos maiores adversarios dessa instituição.

Nem ao menos veiu à lembrança dos autores do novo texto, que essa foi exactamente, a medida adoptada, quando se quiz contar por certa a condemnação dos revoltosos de 22 e 24, que o jury mathematicamente absolveria. Egualmente afasta do jury a competencia para o julgamento dos delictos de imprensa, que por todos os motivos lhe deveria caber. Mas a esta ainda retira a garantia do paragrapho 14 do art. 102 do ante-projecto que estabelece: "O apparecimento de livro ou periodico independente de licença de qualquer autoridade". Era a grande arma dos chefes locais contra os jornaes do interior. Recusavam-lhe essa licença. Perde tambem a imprensa a garantia do paragrapho 17, que prescreve: "Nenhum imposto gravará directamente o livro, o periodico, nem a profissão do jornalista". Era tambem uma das armas predilectas no arsenal da oppressão local. Arranca, outrosim, á imprensa a garantia para ella essencial, nos dias de sitio, e constante do paragrapho 4.º do art. 131 do ante-projecto, que dispõe: "Durante o sitio, o presidente da Republica determinará, por decreto, o objecto e os limites da censura, que não se exercerá senão nos termos estrictos desse acto. Da censura immedida haverá recurso para o Conselho Supremo, que, dentro de 72 horas, ouvida a autoridade coactora decidirá sobre a publicação do editorial censurado". Este dispositivo é visceral ao exercicio da imprensa, nos dias de sitio, acabando com o abuso da censura arbitraria ou inepta, que permite a um jornal o que prohibe a outro. Supprime o projecto a garantia do paragrapho 12 do art. 102 do ante-projecto, que declara: "Sómente a autoridade judiciaria poderá ordenar

e por praso não maior de 3 dias a incommunicabilidade do preso". O projecto é adepto das incommunicabilidades policias. Elimina a seguinte garantia: "A lei penal retroagirá em beneficio do delinquente". E por isso permite ao legislador, em épocas de paixões exaltadas, estatuir o contrario. O texto, apesar de sua numeração seguida nada conta sobre "habeas-corpus" e mandado de segurança. Trata-se, naturalmente, de um salto de copia, tão absurda seria a suppressão de qualquer dos dois.

ORDEM ECONOMICA E SOCIAL

Onde, porém, o projecto requinta no seu reaccionarismo, é no capitulo da ordem social.

Ahi tudo é garantia, carinho e conchego para os ricos. Escarneo, desprezo e impiedade para os pobres. Havemos de examinar esses textos de biblia plutocratica. Se porém quizessemos precisar a physionomia moral desse capitulo, poderíamos photographal-a na dureza impia desses dois traços. O anteprojecto estabelecendo a expulsão de estrangeiros, exceptuava os que "fossem casados com brasileira ou tivessem filhos menores brasileiros". Era a satisfação ao clamor levantado, ante operarios expulsos, por motivos duvidosos, deixando, no Brasil, no mais absoluto desamparo, crianças e mulheres brasileiras. O substitutivo porém, não se commove. Que morram á mingua as crianças proletarias, ou se prostituam as esposas pobres, cujos maridos ou paes o infortunio arroja das nossas para outras plagas. Suicidem-se. Filho de pobre que morra de fome. E' a philosophia dos que triumpharam na vida. O essencial é que o rico não seja perturbado no seu goso, pela inquietação do proletario.

Mas o projecto sóbe ainda na sua impiedade para com a pobreza. O ante-projecto dizia, no art. 124, paragrapho 2.º: "A lei assegurará nas cidades e nos campos, um salario minimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normaes de um trabalhador che-

fe de familia". Como se vê, a tudo attendia o texto. Não se tratava de um salario uniforme, senão peculiar a cada região.

O projecto, porém, modifica e determina: "O salario deverá satisfazer, conforme as condições de cada região, ás necessidades minimas de subsistencia do trabalhador."

E' o salario da fome. Em resumo: um punhado de farinha e um pouco de agua. Até ahi poderá ir a exploração capitalistica, no trato com o trabalhador faminto. E isto, depois de tudo conceder á riqueza, e tudo inclusive um minimo de horas de trabalho, recusar aos operarios. O que a nova Constituição lhes reconhece é o direito que já se concedia ao escravo — o de não morrer á fome. O dever do senhor de lhe dar, na senzala, um minimo de subsistencia. O ante-projecto não fôra até a formula do salario minimo, dada pelo juiz Higgins, da Côte da Australia quando o definia, "como o necessario para satisfazer as *necessidades normaes de um empregado médio, considerado como um ser humano, que vive numa sociedade civilisada*". E' ver em Seligman — Principios de Economia — donde extraio a citação. O ante-projecto ficára muito aquem dessa formula, geralmente acceita. Não serviu, porém, ao substitutivo. O que este offerece não é o salario minimo. E' o salario da fome, duramente descripto na rudeza impiedosa de suas linhas sinistras.

Contra essa crueldade protestam, com as reivindicações proletarias, todos os sentimentos da civilisação christã.

Santo Deus! Esta revolução ter-se-ia coberto para sempre de opprobrio, se após tres annos de incertezas e transacções de toda a sorte, viesse affrontar os direitos da pobreza com esse escarneo, os sentimentos christãos com essa impiedade, os soffrimentos da miseria com esse ludibrio, a indignação do proletariado, consciente de sua força, com a provocação dessa innominavel zombaria.

Projecto Reaccionario

Não conhecemos, ainda, o texto definitivo do projecto da Comissão dos 3, desde quando se affirma que o publicado pelos jornaes se resente de falhas, se macula de erros, e se ensombra de equívocos: que o original revisto não apresenta. Ainda bem. Porque do ponto de vista do rigor da technica, da precisão do estilo e da pureza da lingua, o longo documento deixa muito a desejar. Não raro a technica é impropria; o estilo tropego; a lingua claudicante. Em mais de um trecho, o portuguez classico de João Ribeiro foi erradamente substituido por um dialecto de cunho duvidoso. Aguardemos, porém, o texto revisto, para o confronto inevitavel.

A MAIOR DO MUNDO

Desde logo, porém, alguns aspectos do projecto podem ser, sem maior inconveniente, examinados. O que resalta logo aos olhos é a sua extensão maior que a do ante-projecto. De 136 artigos e 8 disposições transitorias, se compunha este; ao passo que aquelle se desdobra em 183, e mais 18 dispositivos das duas especies referidas. Em resumo: 144, contra 201 artigos. Não é de somenos importancia a extensão de uma Carta Politica. Já passou o tempo das constituições syntheticas — “curtas e obscuras”, como queria Bonaparte. Todas as novas Constituições abrangem direitos e interesses que se não representavam nas antigas. O campo

Em torno da Constituição 169

da materia constitucional se dilatou com as transformações economicas do mundo. Só a ignorancia poderia, hoje, restringir uma Constituição ás raias da organização dos Poderes do Estado e das garantias enumeradas na famosa Declaração, que constitue o credo egoistico do individualismo burguez. Mas, nem oito, nem oitenta. Se as Constituições não devem ser tão resumidas como as de outr'ora; não devem, todavia, ser tão longas quanto uma encyclopedia. A nossa ficará se vingar o projecto, como a mais extensa do mundo. Valha-nos, ao menos, isto. Venceremos pela cauda. Porque, das Constituições modernas, a maior — a de Weimar — tem apenas 181 artigos, inclusive as disposições transitorias. E das antigas, se a hollandeza de todas destôa, com os seus 209 artigos, inclusive os transitorios, é de facto muito menor que a do projecto, porque não se desdobra, como este, numa longa série de letras, incisos e paragraphs.

O MODELO DE WEIMAR

Tambem diverge do ante-projecto, em certos aspectos que poderiamos dizer morphologicos, e nem sempre com felicidade, como se demonstrará. Assim, o projecto, tomando por modelo a Constituição de Weimar, dilata e empasta todo o capitulo preliminar com o rôl das competencias, que terá de ser mais adeante, em varios pontos repetido. E' que nem sempre o allemão é bom modelo. Goethe affirmava que esse povo “torna tudo difficil e tudo complica”; e Schopenhauer asseverava que o caracteristico do allemão é “enxergar o que se passa nas nuvens e não vêr o que está deante dos olhos”. Não poderia haver mais altos nem mais insuspeitos julgadores. E se pularmos, de um salto, para os dias correntes, um dos grandes juristas e homens de Estado da Allemanha — Radbruch — pôde em sua Introdução da Sciencia do Direito, falando de Liszt, assegurar que foi “um dos poucos allemães que soube superar o espirito de pesadume”. E todos esses defeitos germanicos se

reflectem na grande Constituição, em cujo molde vasou o projecto o seu primeiro capitulo.

A VELHA CARTA

O ante-projecto, ao revés, preferira manter o aspecto claro da Constituição de 91, e de outras que regem as federações americanas. A competencia era ali fixada nas attribuições dos Poderes do Estado. O brasileiro já se affizera a essa configuração; já se acostumara a essa distribuição exterior. O ante-projecto timbrou em conservar melhorando; em conservar, tanto quanto possível, a velha Carta, com a sua physionomia característica, como quem num velho e glorioso solar mantém a architectura secular, embora accrescido de novas peças e munido de todas as installações do conforto da vida moderna. No ante-projecto, logo ao primeiro olhar, o povo reconheceria nelle a presença da velha Carta. Não sei se a divisará, se a perceberá, transubstanciada nas alterações do projecto. Quando nos occuparmos da technica do substitutivo, veremos que nem sempre foi feliz na distribuição dos assumptos. O que, porém, no capitulo preliminar, nos feriu a vista, com a aspereza de uma pedrada, foi a inserção de certos dispositivos, já de todo injustificaveis, em 91, e hoje absolutamente disparatados. Assim, para que vedar á União e aos Estados "fazer guerra entre si ou usar de represalia? Haveria possibilidade de sustentar alguém, juridicamente, essa loucura? Para que então a prohibição? Do mesmo jaez é a de que nem ella nem elles podem "estabelecer ou arrecadar quaesquer tributos com inobservancia dos artigos da Constituição". Para que essa observancia dos artigos da Constituição? Ao ante-projecto também não pareceria necessario declarar que os poderes não enumerados pertencem aos Estados, como proclama o substitutivo. A disposição ali era innocua. No entanto se tem gritado contra isto. Não ha, porém, livrinho rudimentar sobre o regime federativo, onde não se leia que, se a Constituição attribue expressamente um rôl de competencia a uma das partes componentes da federa-

ção, os poderes não enumerados pertencem á outra, a menos que em sentido contrario, taxativamente, se disponha. Ora, o ante-projecto conferira á União uma lista de poderes discriminados; logo, os não enumerados seriam dos Estados, sem necessidade de repetição superflua, do preceito do § 2.º do artigo 65 da Carta de fevereiro. Tudo isso será, a seu tempo, analysado.

O REACCIONARISMO DO PROJECTO

Mas o peccado mortal do projecto é o seu reaccionarismo. A sua attitude hostile á liberdade; a sua ogeriza aos moços, e a sua devoção á decrepitude; a sua consideração para os ricos e o seu desprezo para os pobres. Como projecto de uma revolução é um contrasenso! Porque elle se funde no tom ferreo da mais decidida reacção. É um projecto *ancien regime*. Já hontem enumerámos varios dispositivos adversos á liberdade. E o rôl não finda, ora por acção, ora pela suppressão de prescripções liberaes do ante-projecto. Assim, eliminou-se o § 30 do artigo 102 do ante-projecto, que prescreve: "Nem mesmo em estado de guerra, nenhum brasileiro poderá ser deportado ou expulso do territorio nacional." No mesmo artigo, § 25, dizia o ante-projecto: "A todos os brasileiros é licito reunirem-se livremente e sem armas, não podendo a *Policia intervir* senão para *manter a ordem perturbada* ou garantir o transitio publico. Com este fim poderá designar o local onde a reunião deva realizar-se, comtanto que isto não importe em impossibilita-la ou frustra-la." Era completa a garantia da liberdade de reunião, contra a acção impeditiva da Policia, supprimindo preventivamente o comicio, a proposito de manter a ordem, ou designando aos promotores d'elle um logar inadequado á sua realização. Tudo isso fraude, burla e elimina o projecto reaccionario, dispondo cosacamente nestes termos: "Somente aos brasileiros é licito reunirem-se sem armas, em logradouros publicos, não podendo a Policia intervir senão para assegurar ou restabelecer a ordem ou para *prevenir* que seja *perturbada*." De outra maneira não falava Trepoff, nas

suas intimações aos operarios da Russia czariana. A Constituição de 91, que permittiu tantas violencias policiaes contra a liberdade de reunião na praça publica, não ia a tanto. Por ella, a Policia não podia "intervir senão para manter a ordem". Pudesse a Policia, a seu arbitrio, intervir "para prevenir a perturbação da ordem", como prescreve o projecto, e a Campanha Civilista, a Reacção Republicana e a Alliança Liberal não teriam, com certeza, attingido ás proporções que tomaram. O proprio chefe do Governo Provisorio, talvez, que não tivesse podido lêr a sua plataforma na Esplanada do Castello, porque a Policia poderia isso ter evitado, "para prevenir qualquer perturbação". Com esse dispositivo czariano, as campanhas politicas nas praças publicas estão mortas; porque só viverão, emquanto isso lhes permittir a generosidade, sempre tão precaria, dos governos. O substitutivo eliminou, ainda, a disposição do ante-projecto que dizia: "Não haverá prisão por dividas, multas ou contas". Taes prisões são um resquicio do regime dos privilegios, absolutamente incompativel com a moral, e a garantia de egualdade perante a lei. O rico tem dinheiro e paga a multa; o pobre não o possui e geme na cadeia... Poderá ser mais caracterizado e revoltante o privilegio da riqueza? E isto após uma revolução! E respeitado por uma Constituição della oriunda, é de revoltar, pelo seu instincto reaccionario, as pedras das calçadas. Da mesma forma, na sua devoção pelos ricos, rejeitou o substitutivo o texto do ante-projecto que prohibe "a fiança em dinheiro ou bens". E' outra peça de um regime condemnado. E' outro privilegio da riqueza. Será justo que o valdevinos rico, que se embriaga a champagne e perturba a ordem, seja posto incontinentemente em liberdade, porque tem dinheiro para a fiança, emquanto o operario, que o não tem, fica no carcere, e á falta do salario, no dia seguinte, os filhos soffrem fome? Onde a moralidade, a dignidade e o decôro sequer dessa distincção odiosa e negregada? Como se justificar tão abominavel differença num regime democratico popular? Estabelecia o ante-projecto, contra o meu voto, que o prazo inicial do sitio não seria maior de 60 dias, po-

dendo ser prorogado, uma ou mais vezes, por egual tempo. Que faz o projecto? Restringe o termo para 30 dias, como eu propuzera? Não. Dilata-o, sem necessidade, para 90! No capitulo do funcionalismo, arranca-lhe varias das garantias que o ante-projecto lhe outorgára. Mas o ante-projecto, em compensação, prescrevera deveres, e entre elles o seguinte: "O funcionario que usar de sua autoridade em favor de um partido, ou exercer pressão partidaria sobre os seus subordinados será punido com a perda do cargo se provado, em processo administrativo ou judiciario, que agiu por essa forma." Não ha medida mais necessaria do que essa, asseguradora da liberdade dos funcionarios subalternos. Pois o projecto, no seu afan contra a liberdade, a elimina.

PARAIZO DOS MACROBIOS

Mas o espirito reaccionario do projecto revela-se tambem na ogeriza aos moços e na sua adoração pela decrepitude. O ante-projecto dispunha: "São eleitores os maiores de 18 annos alistados na fórmula da lei." O projecto repelle a innovação e decreta que serão sómente eleitores os "maiores na fórmula da lei". E' o regime dos 21 annos. Exclue-se, assim, do eleitorado, a flor das nossas academias; a parte mais altiva, mais vibratil, mais entusiastica das nossas faculdades e do nosso commercio; os que a Patria chama, em primeiro logar, para morrer, nos dias terriveis da guerra. O projecto reaccionario os repelle. Detesta a mocidade, coroadada de rosas, e, em compensação, ama a velhice coberta de neve. Por isto, néga o direito de voto aos que impõe o dever de morrer; mas prolonga a aposentadoria compulsoria até aos 75 annos, transformando a administração publica no paraizo dos macrobios. Todos sabem porque a Comissão propoz essa medida. Antes o fizesse a descoberto, para os poucos a que visava cortejar. Mas entulhar a administração publica, emperral-a com a multidão dos valetudinarios, é que excede todos os limites da tolerancia e do bom senso. O que urge, o de que o Brasil precisa é exactamente do con-

trario: é do rejuvenescimento dos quadros. A isto volveremos com mais vagar e mais largueza.

ORDEM SOCIAL

Ahi é que o projecto ostenta todo o seu espirito de reacção, parecendo querer nos levar á idade média. Já examinamos alguns dispositivos deste capitulo. Proseguiremos hoje. E por deante, na tarefa de evidenciar o espirito de reacção, que orientou nessa parte o substitutivo. Não é possível que a Constituinte accete esse capitulo reaccionario da Comissão dos 3. O ante-projecto, por exemplo, estabelecia: "O dia de trabalho não excederá de 8 horas, e nas industrias insalubres de 6. Em casos extraordinarios, poderá ser prorogado até por 3 horas, vencendo o trabalhador o duplo do salario normal. A prorogação não poderá ser feita consecutivamente por mais de tres dias, e não será permittida nas industrias insalubres, nem aos menores de 18 annos." Como se vê, todas as precauções eram tomadas, em defesa da saude do operario, açulado pelo desejo do ganho. Por outro lado, moderava-se no patrão o impulso de forçar o serviço, estipulando-se o salario duplo na prorogação. O projecto, no entanto, substitue o dispositivo previdente e humano, por este texto impiedoso: "Sempre que possível, sem maior inconveniente, o trabalho não deverá exceder de 8 horas." E a escravização completa do operario. Porque o patrão achará sempre possível que o trabalho exceda de 8 horas. E o que é mais: do excesso participarão os menores de 18 annos; poderá haver o excesso nas industrias insalubres; e, pelo excesso, não ganhará o trabalhador um real, sequer, além do seu salario. A escravidão no Brasil não revestiu, nunca, mais ignobil forma de exploração humana. E' a impiedade pela pobreza, levada aos seus ultimos limites. E isto, numa época em que a lei de 8 horas já está atrasada nas reivindicações proletarias. Nos Estados Unidos, a semana de trabalho actual é 36 horas. O Ministro do Trabalho pretende, agora, reduzi-la a 30. O melhor, porém, é que o Bra-

sil assignou o tratado de Versailles. Nelle se comprometteu, pelo artigo 427, n. 4, "á adopção do dia de trabalho de 8 horas"; e, pelo n. 6, "á supressão do trabalho dos menores e á obrigação de dar aos trabalhadores jovens de ambos os sexos as limitações necessarias que lhes permittam continuar sua educação ou assegurar seu desenvolvimento physico". Mas o projecto, para servir á ganancia cruel dos patrões, rompe com a fé dos tratados em que, na defesa do operario, empenhou o Brasil, com a sua palavra, a sua honra. Grande revolução!

A propriedade no ante-projecto substitutivo

O ante-projecto não manteve, nem poderia manter, o conceito de propriedade da Constituição de 91, que outro não era senão o do velho domínio quiritário, que, juntamente com o imperio, no direito publico, caracterizava, nas duas esferas jurídicas, a expressão absoluta do Poder. Nem seria possível repetir, numa Constituição de 934, a declaração do individualismo liberal e burguez, que assegurava, a manutenção do "direito de propriedade, em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade publica mediante indemnização prévia".

PRINCIPIO ARCHAICO

Em 91, essa declaração já era retrograda e anachronica. Nos termos em que se enunciava, a propriedade, excepto o caso de desapropriação, se mantinha "em toda a sua plenitude". Era literalmente o conceito romano, com o "jus utendi et abutendi".

O principio archaico, "individualista-egoistico", como todo o direito romano, não mais prevalecia naquella época de 91, hoje distante. As doutrinas jurídicas, os arestos das jurisprudencia, o surto dominador das tendencias sociaes tinham reduzido, circumscripito, interpretado o principio vetusto de uma cultura desaparecida e morta, adaptando-o ás exigencias irresistiveis da sociedade e á expansão organica da

Em torno da Constituição 217

vida. E na "revolta dos factos contra os codigos", o principio obsoleto não viveu entre nós, senão pela sua fraudação constante, mediante textos legais contrarios áquella plenitude, proclamados constitucionaes pelas sentenças da justiça, acumpliciada na violação inevitavel e bemfazeja do principio individualista, incompativel com a civilização, a produção, a economia, a estrutura da sociedade moderna. A regra jurídica que regulou o fuso, quando a matrona romana tinha como titulo de nobreza fiar a lã, emquanto o marido estava no forum ou na guerra, não pôde reger a produção collectiva, absolutamente anti-individual, inherente á machinaria dos nossos dias. A produção, profundamente social na sua estrutura, nas suas relações e no seu destino, sómente por leis adequadas a essa condição se poderá reger.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Mas a propriedade não pôde ter um caracter, ou uma função diversa da fonte donde ella se origina. A época da aquisição da propriedade pela occupação individual, a bem dizer, já passou. Hoje, seja qual fôr o criterio que se adopte, funde-se ella no trabalho, no capital, ou no complexo de ambos, o caracteristico destes, e por consequencia daquella, é a sua origem, a sua função, o seu destino social. Dahi os deveres sociaes a que toda propriedade se obriga na civilização vigente. Se é a lei, exclusivamente a lei; se é a sociedade, e sómente ella, que, para o seu melhor desenvolvimento, reconhece esse direito do individuo á posse exclusiva, ou á direcção privativa de certos bens, por isto mesmo lhe impõe obrigações, que limitam o dominio sobre essa parte da riqueza social, que elle detem. Até mesmo porque, a riqueza implica um termo de comparação com outras utilidades, uma relação social, sem a qual ella se não poderia revelar e, que, por isso mesmo, desapareceria, se a sociedade se extinguisse.

Nos proprios economistas classicos, desprezada a babo-seira de ser a propriedade um direito natural, imprescripti-

vel e inviolável; relegado, por imprestável, o fundamento de que ella decorre do trabalho; é na sua utilidade social, que os seus defensores vão encontrar, no dizer de Gide, em seu Curso de Economia, "a ultima rocha onde se abriguem, mas esta bastante forte para resistir a todos os assaltos". Assim toda riqueza é social, porque só a sociedade a cria e lhe torna possível a existencia. Nem por outro motivo a Constituição de Weimar prescreveu, no seu art. 153: "A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser igualmente no interesse geral". Dahi, é que o ante-projecto foi buscar o conceito de propriedade, que o ante-projecto foi buscar o conceito de propriedade, vasado no art. 114, nessa fórmula lapidar: "É garantido o direito de propriedade com o conteúdo e os limites que a lei determinar. A propriedade terá antes de tudo uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse colectivo". Como o ante-projecto, outras Constituições modernas transladaram para seus textos o dispositivo da Carta Allemã. Na sua monographia "Novas Tendencias do Direito Constitucional", Guetzevitch assigna como tal, "a limitação do direito de propriedade". É um fato característico da sociedade actual; é uma realidade da vida civilizada moderna; é uma exigencia absoluta e inevitavel do presente systema de produção.

Não falemos dos socialistas, que pleiteiam a abolição da propriedade privada, pelo menos quanto aos meios de produção. O ante-projecto não se alistou no socialismo. Ao contrario, reconheceu, proclamou e garantiu a propriedade privada. Mas assim o fazendo, ficou com a carta de Weimar, com a torrente dos pensadores contemporaneos, que todos elles rejeitam a concepção individualista da propriedade, que o proprio substitutivo, apesar de reaccionario, não abraçou. O ante-projecto, portanto, não foi para a esquerda nem para a direita. Não aboliu a propriedade, nem lhe conferiu, tambem, o cunho individualista, peculiar ao dominio romano e ao liberalismo burguez. Como sempre, ficou no meio termo. Não retrogradou ao passado; não antecipou o futuro. Permaneceu no presente, considerando que a propriedade tem

uma função social, que á lei compete regular. Nisto combinam, nisto se accordam philosophos, juristas, economistas, historiadores e sociologos modernos, numa dessas unanimidades consagradoras dos factos evidentes e inevitaveis.

DEPOIMENTOS

Já em 1850, no Systema de Politica Positivista, Comte, com a sua visão genial, affirmava que na "propriedade, o positivismo vê sobretudo uma indispensavel função social, destinada a formar e administrar os capitães nos quaes cada geração prepara os trabalhos da seguinte". Duguit, em 1912, fazia, em Buenos Aires, a sua ruidosa conferencia sobre "A Propriedade, função social", que forma o sexto capitulo de seu livro sobre As Transformações do Direito Privado. Nella, o mais profundo, o mais brilhante, o mais original, o maior dos Constitucionalistas francezes colloca a questão em termos taes e a resolve de tal maneira, que torna a sua doutrina, a bem dizer, victoriosa. Ninguém mais sustentará, como Baudwy, em 1908, que "o proprietario pode legitimamente fazer sobre seus bens, qualquer acto ainda que não tenha nisso nenhum interesse confessavel". Ninguém dirá, como Cheneaux, em 1912, que "o proprietario goza como entende dos seus bens, e, mesmo se o quer de uma forma abusiva". É que a propriedade, ensina o mestre insigne, "não é mais o direito subjectivo do proprietario; e sim a função social do detentor da riqueza". E muitos annos depois, na 2.ª edição do seu grande tratado de Direito Constitucional, desenvolve, reforça e comprova, com a legislação posterior, a these sustentada em 1912, na Faculdade de Buenos Aires. "Este o caracter que no direito moderno reveste a propriedade e particularmente o capitalista: o detentor de capitães apparece cada vez mais, e sobretudo depois da guerra, como um productor social, investido de uma função social, que implica numa serie de encargos que a Lei directamente lhe impõe". E enumera a longa serie de leis que, após a guerra, tem disciplinado o exercicio da função social da proprie-

dade, sotopondo a esse critério colectivo o direito individual do proprietario. E, se, de um salto, passarmos do mais avançado dos constitucionalistas francezes, para os mais avançados dos seus recentes civilistas, de muito não varia o conceito de propriedade. Planiol, em 1928, na 11.ª edição do seu Tratado, falando do pseudo direito do proprietario de destruir os bens que lhe pertencem, acrescenta: "Todavia essas destruições inúteis parecem contrarias ao papel social da propriedade individual". Saleilles assignala, a legislação protectora das obras d'arte, como "o indicio de uma evolução da idéa de propriedade, que á concepção individualista da antiguidade romana substitue um systema em que o direito de propriedade é dominado pelas *necessidades sociaes* e o *interesse geral*". No mesmo sentido Collin Capitant, quando, no 1.º volume da 4.ª edição do seu Curso, reconhece que "de facto, a propriedade, instituição individualista, está, sob os nossos olhos, submettida a um regime de restricções, que lhe conferem, numa larga medida, um *caracter social*". Não precisamos citar Joserrand ou Morin. Repellem ambos a concepção individualista da propriedade. Assim, ainda os que divergem do conceito de Duguit, reconhecem a função social da propriedade e os deveres a que ella se tem de submitter. Ninguem, até certo ponto, o caracterizou melhor que Bossuet, no seu famoso sermão sobre a Eminente Dignidade dos Pobres, quando assim proclama: "A Providencia provê ás necessidades dos pobres, dando assignações aos necessitados sobre o superfluo dos opulentos". E se passarmos o canal da Mancha, veremos que na Inglaterra, o maior dos actuaes professores de Direito Publico — Harold Laski — num estudo profundo e brilhante sobre a propriedade, em "The Grammar of Politics", depois de asseverar que "a historia da propriedade privada não é senão a narrativa dos limites successivos impostos ao exercicio dos seus poderes", estabelece que "esse direito é ligado a um dever", e conclue por affirmar que "considerada como o resultado da função, ella cabe naturalmente, no logar que lhe é devido na sociedade. Cessa de dominar os espiritos. Seu excesso não cria a ociosidade e o desperdicio;

nem a impossibilidade de ganhar um salario minimo engendrará no homem o sentimento de estar fóra da lei ou a inveja febril dos outros". Na Allemanha, Sauer, tão contrario ao socialismo, opina desta forma na "Philosophia Juridica e Social": "A Justiça ordena que o particular disponha dos valores produzidos como contraprestação do seu trabalho: porém, lhe impõe, como *ser social*, que os utilize, em serviço da collectividade, uma vez que somente em relação á totalidade são valores". E acrescenta "que se deve repellir tanto o conceito individualista que da propriedade tinham os juristas romanos, os philosophos da época das luzes e os economistas liberaes, como a opinião socialista e communista". Mas o socialismo não tem maior adversario que Spengler. Todavia, na "Decadencia do Occidente", o grande philosopho, historiador e sociologo germanico, assevera sem hesitações, sem reticencias, "que a propriedade não é uma presa individual e privada; mas um encargo imposto pela collectividade; um bem por ella confiado e pela administração do qual o proprietario deve contas ao Estado; porquanto o poder que se liga á propriedade é conferido pela sociedade, pelo Estado". E se na Austria formos hoje buscar o primeiro dos seus economistas, e tambem sociologo, veremos com Schwiedland, na sua "Economia Sociologica", exactamente o mesmo conceito. Eis como fala o professor de Vienna, adepto intransigente da propriedade privada:

"Pode-se considerar a riqueza como injusta, quando existe sem a equivalencia de um serviço para o mundo. Onde falhe a função social da propriedade, que consiste em desenvolver e espalhar a civilização, a sociedade deve empregar os meios necessarios a restabelecer essa função. Devemos pois nos oppôr aos efeitos do regime de propriedade actual, no que tem de dissolvente e deprimente para a collectividade, e nada nos impede de reconhecer os inconvenientes de uma ordem economica e legal, de procurar diminuir os seus rigôres e fixar a determinação exacta de obrigações insufficientemente definidas". E que a propriedade tem uma função social, tem deveres para com a sociedade, é o que tambem affirma a encyclica Quadragesimo Anno, rememo-

rando e desdobrando o que, a tal respeito, em germen se continha na insigne Rerum Novarum. Em ambas se declara que o domínio tem deveres: em ambas se assenta que "o direito de propriedade é distincto do seu uso".

O ANTE-PROJECTO

Quando, portanto, o ante-projecto estabeleceu, que a propriedade terá "o conteúdo e os limites que a lei determinar", não fez senão consagrar uma realidade irremovível. Porque, nem tudo que já foi objecto de propriedade, poderá hoje constituir-lhe conteúdo. E a lei restringe, sem cessar, em todos os povos, e através do tempo, os limites do domínio circumscripção ás raías, que os interesses da collectividade demarcam, a tal privilegio. Quando, a 13 de maio, abolimos a propriedade servil, que fizemos senão modificar, entre nós, o conteúdo do domínio? E quando as leis sociaes reduzem o juro, determinam o preço dos alugueis, ou dos generos, prescrevem indemnizações por accidentes, defendem o trabalho, amparam o proletario, estabelecem o imposto progressivo, cerceam o arbitrio do proprietario, ou quando a jurisprudencia cria e forma toda a theoria do abuso do direito, que outra coisa fazem legisladores e juizes, senão fixar limites á propriedade, tal como expressamente o ante-projecto declarava?

DOIS ERROS

Mas o substitutivo eliminou o texto preciso e lapidar, expresso na Ordem Social, e collocou em lugar d'elle, na Declaração de Direitos, o dispositivo chocho e anemico, que nestes termos se dissimula e se enuncia: "E' garantido o direito de propriedade, salvo as restricções ao seu exercicio, impostas por lei, no interesse colectivo". O primeiro erro do substitutivo é de technica, retirando da Ordem Economica e Social, onde precisamente deveria estar, para collocar na Declaração de Direitos, a disposição relativa á proprieda-

de. Quando esta era exclusivamente um direito individual, como em Roma e no liberalismo burguez, bem se comprehendia, que ella figurasse na lista dos famosos direitos assegurados na tal Declaração. Hoje, porém, o mesmo não acontece. E é na ordem Economica e Social, que sobre tal materia se deveria dispôr. Ponto é vêr todas as constituições modernas que possuem esses capitulos. A allemã a servia, a hespanhola. Nas tres, é na parte da Ordem Economica e Social, e não entre os direitos individuaes, que se incluem os principios relativos á propriedade. Technica igual á do substitutivo só existe na Constituição da Lithuania, que, apesar do capitulo XI consagrado ás Bases Economicas da Politica, incluiu no II, dedicado aos cidadãos lithuanos, a garantia da propriedade. Como padrão de cultura juridica, duvida não pôde haver que o Estado Baltico sobreexcede a Allemanha ou a Hespanha. E, deste ponto, ficamos bem servidos. Não é porém tudo.

Convém collocar face a face os dois textos, confrontando-os na forma e no fundo. Proclama o ante-projecto: "E' garantido o direito de propriedade, com o conteúdo e os limites que a lei determinar". E no paragrapho primeiro:

A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse colectivo". Balbucia o substitutivo: "E' garantido o direito de propriedade, salvo as restricções impostas por lei, no interesse colectivo". A energia do texto expresso do primeiro esmorece na forma velada do segundo. No entanto, não consigna este o conceito individualista. Prescreve que a lei poderá impor, se preciso, restricções illimitadas á propriedade, desde que determinadas pelo "interesse colectivo". Se assim é, conclue-se que este, no substitutivo, prevalece ao individual. E a indução inevitavel e fatal de tudo isso é que "a propriedade tem, antes de tudo, uma função social, e não pôde ser exercida contra o interesse colectivo". E se assim é, dever-se-ia, então, ter seguido o methodo juridico, a boa technica legislativa; e, ao invés de por uma série de illações, inferencias, e racionios chegar-se á indução do principio dominante, fixar-se desde logo este, para

delle se deduzirem as consequencias. Era o que ante-projecto fazia, enunciando expressamente o principio constitucional, donde legisladores e juizes deduziriam normas e collarios na feitura ou na applicação da Lei. E' o que o substitutivo subentende, deixando transparecer, dissimulado nas entre linhas, o principio, que se vae induzir pelos processos do raciocinio e do argumento. Parece que o substitutivo tem medo ás palavras. Receia affirmar que a propriedade tem uma função social: que lhe impede o exercicio contra o interesse collectivo, ante cuja exigencia o do proprietario cede, recua ou desaparece. E porque o substitutivo tenha assim hesitado, no capitulo improprio onde incluiu o texto examinado, na Ordem Social se tresmalha e se perde, como vemos, abandonando pelo estatico o conceito dynamico da propriedade, e sobrepondo ao valor activo, honesto e productivo do trabalho, o dominio inerte, illicito e parasitario.

Ordem Social, Emphyteuse e Propriedade

Spengler exaggera quando affirma, que, "por desgraça, em 1030, Amalfi descobriu, casualmente, o manuscripto unico das Pandectas". Todavia, no cerne dessa affirmativa insolita, ha muita coisa de razão e de verdade.

Substituiu-se o direito que se ia formando, ao impulso da vida e pela força das necessidades economicas por uma escolastica juridica, segundo a qual a substancia, a realidade é o conceito abstracto, e o direito consiste mais na applicação complicada e subtil desses entes de razão, do que no conhecimento de factos, usos e costumes peculiares a cada povo e a cada civilização. Foi isto "a causa de que se tenha esquecido que o direito privado deve representar o espirito da existencia social e economica. Nem o Codigo de Napoleão, nem o direito territorial prussiano, nem Grocio, nem Mommsen, disto se deram conta. E disto resultou que o nosso direito privado se funda numa sombra, pois tem sua base na economia do mundo antigo. O que hoje chamamos sciencia do direito é, portanto, philologia do idioma juridico ou uma escolastica dos conceitos juridicos. E' a unica sciencia que ainda hoje, deriva de conceitos, eternos fundamentaes o sentido de vida".

Mas, a reacção, em que pese a affirmativa do sociologo e philosopho allemão, já se vinha desencadeando, quando elle escreveu, no seu livro formidavel, muitas paginas verdadeiramente geniaes. Hoje, a resistencia contra a applicação dos conceitos romanistas á civilização dos nossos dias,