

QUESTÃO CONSTITUCIONAL

LEIS ORGANICAS

Detalhando as faculdades do Congresso, distribuiu-as a Constituição Federal mirando-lhes a natureza e modo de exercício, em duas categorias diversas: privativas — as enumeradas no art. 34; mixtas — as especificadas no art. 35.

Das primeiras, á primeira vista parece, porque são proprias do Congresso, usa este com exclusão absoluta de qualquer outro poder de Estado coordenado.

As segundas, porque desacompanhadas da adjuncção adverbial d'aquellas, do mesmo modo, ao primeiro lance, parece serem as unicas que admittem a jurisdicção concurrente.

*
* *

Representante houve, e de sabida eminencia intellectual, a quem, na discussão, se afigurou inapplicavel o *privativamente* do projecto, porque

« as attribuições enumeradas no art. 33 não são *privativas* do Congresso, mas sim delle e do Presidente da Republica, que sanciona ou não as deliberações do mesmo Congresso ».

(Emenda Veiga — Annaes, II, 476).

Certo, da intenção legislativa, exacta e precisa, não póde dar noticia a razão da emenda que se regeitou.

Pela grandeza, magestade e alcance de suas attribuições constitucionaes, o Presidente da Republica é parte na feitura das leis: é com a sua sancção que ao Congresso se confiou o exercicio do poder legislativo, art. 16 da Constituição.

Dar se, pois, ao adjuncto a funcção modificadora do verbo, na proposição Constitucional, de maneira a excluir a intervenção do Presidente na obra legislativa, o mesmo é que attribuir á Constituinte, na expressão do pensamento, uma contradicção palmar, e em documento destinado a servir de marco a gerações futuras.

Isso mesmo se faz certo, observando-se, como diz o commentador Barbalho, que as attribuições pelo art. 48 conferidas ao Presidente da Republica são tambem enumeradas sob a mesma clausula «privativamente», e entretanto varias dellas são exercidas sem exclusivismo, mas antes em collaboração ou sob approvação ou proposta de outros poderes, taes como as de declaração de guerra, de estado de sitio, de fazer tratados, de nomear certos funcionarios, nas quaes interferem respectivamente o Congresso, o Senado e o Supremo Tribunal Federal (art. cit. n. 7, 8, 11, 12 e 15 comb. com o art. 34, ns. 11, 12 e 21).

Assim: pelo art. 16, interferencia do Presidente no exercicio do poder legislativo; pelo art. 34, exclusão do Presidente no exercicio das faculdades do poder legislativo; pelo art. 48 pr. — exercicio de faculdades do poder executivo pelo Presidente sem interferencia de outro poder; pelos numeros do mesmo artigo — exercicio das mesmas faculdades com interferencia de outros poderes.

Sempre a contradicção, a antinomia, a incongruencia.

Mais se não precisa para a repulsa da interpretação, que ao vocabulo da lei empreste o sentido de exclusão absoluta: no mundo do interprete, na esphera do executor, emmudecer se devem quantos argumentos ou intelligencias cheguem a antinomias em lei que, cumpre salvadas, concordando-se os textos, para a solução, que é imperiosa, dos casos occorrentes.

*
* *

De parte a indistincção, o absolutismo da clausula, permanece, a pedir solução racional, o problema constitucional, mais serio que de relance se afigura: saber-se que poderes quiz excluir a Constituição, empregando o *privativamente*, quer

quando trata das faculdades do Congresso, quer quando particulariza as attribuições do Executivo (arts. 34 e 48).

Mais generalizada se pôde dizer a crença — que a competencia é exclusiva do Congresso, de tal modo que nenhuma legislatura local pôde, de qualquer modo, nesses dominios penetrar: em taes leis, partes, diz-se, da Constituição, e que devem ser as supremas da Republica, não podem tocar os Estados.

E' a lição do commentario classico, e de bem se ponderar, por partir de um espirito alumiado:

« quiz dizer (a Constituição), empregando tal expressão, que os assumptos enumerados nos 2 citados artigos são de competencia dos poderes da União, sem nelles se admittir a interferencia dos poderes locais ».

(Barbalho — Comm. pag. 103).

*
* *

Dentre essas faculdades privativas sobresaee, em disposição distincta e generica, a da organização completa das instituições e serviços necessarios ao regimen estabelecido (art. 34 § 34).

Temos, assim, conformemente a intelligencia exposta, que a decretação de leis organicas para a execução completa da Constituição, ao Congresso Nacional compete, propriamente, e com exclusão de qualquer poder dos que pertencem aos Estados membros do Estado collectivo.

Nada importa, para delimitação de fronteiras em competencias, a natureza das materias de que tratam os artigos constitucionaes.

O essencial, para a firmeza da do Congresso da União é que se trate de leis organicas para a execução completa da Constituição: em dellas se cuidando, peremptoriamente excluida está qualquer interferencia de legislaturas locais.

E leis organicas ou secundarias são, e o commentario o diz, as que têm por objecto regular o funcionamento dos institutos politicos e administrativos creados pela Constituição, em lineamentos geraes; são leis regulamentares de preceitos

constitucionaes ; leis emfim, segundo o dictionario da lingua, que dão fórma e ordem de dirigir, de governar, de modo a ter a Constituição uma execução completa e adequada.

*
* *

Não sei si bem apprehendi toda a latitude da licção auctorizada, e, si directamente o fiz, confesso não ver ahí inteira a verdade constitucional.

Ao envez, no ensino, como se me apparece, vejo o centralismo da acção legislativa, e centralizar a acção legislativa é golpear em bases o systema federal, de cujas virtudes nenhuma é maior de que a diversidade de leis, por via das quaes melhor se pôdem attender as condições dos ambientes, as peculiaridades essenciaes de uma convivencia particular.

Usemos, para por a nú a deformidade dessa doutrina, do argumento *ab absurdo* que « tem sido sempre poderosissimo para deitar por terra os mais enraizados erros, as preocupações mais rebeldes ».

Um dos institutos constitucionaes, e culminante em garantias á liberdade, é o *habeas-corpus*, que se dará sempre que o individuo soffrer violencia ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder (art. 72 § 22).

Si ao Congresso Nacional compete, unica e exclusivamente, a decretação de lei organica para a execução completa da Constituição, no concernente a essa garantia essencial do regimen, segue-se que as legislaturas locaes nem mesmo pôdem instituir o rito processual do recurso, que bem pôdem, no disciplinal-o, matar a instituição, com o lhe tirar os caracteres de essencia — simplicidade, expedição e promptidão.

No elenco das garantias, parte essencial da Constituição, figura a livre escolha e exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial—art. 72 § 24.

Pelo occorrido na Constituinte, com a regeição systematica das emendas dos representantes rio-grandenses; pela abstenção do Congresso; pela intelligencia do poder executivo, e pela jurisprudencia norte-americana, rastreada pela dos tribunaes nacionaes, ponto é de doutrina vencedora—que subsiste ainda a exigencia de titulo ou diploma como clausula de habili-

tação para o exercicio das profissões que antes sem elles não podiam ser praticadas.

Pela doutrina que combato, nenhum Estado e só privativamente o Congresso pôde expedir titulo de habilitação para a pratica de profissões, afim de que tenha execução completa a Costituição Nacional no tocante á garantia.

Não dissimulará ninguem o assombro do espirito, encarando as consequencias de semelhante affirmativa, das quaes avulta o negar aos Estados a autonomia promettida na Constiuição, com o se lhe negar a faculdade de exigirem quantas condições de idoneidade se lhes afigurarem a bem do provimento dos cargos publicos; com o se lhe tolherem regulamentações em bem da saude publica, dentro do circulo material de poder em que exercem a sua soberania; com o se lhes negarem, em summa, os meios de defesa legitima contra a liberdade de trabalho ou profissão, degenerada em licença, e chegando até o crime.

O jury é instituto da Constituição: quantos habitam o sólo brasileiro têm direito a julgamento pelos jurados do povo, julgamento que é uma das manifestações da soberania nacional, origem de todos os poderes neste regimen de democracia, e em todos os crimes, salvo as excepções decretadas em leis por altas considerações de ordem publica.

Não legislou o immobilismo a Constituição; manteve a instituição, com os seus caracteristicos substanciaes, na composição, no funcionamento, com o dualismo da accusação e da defeza, com a incommunicabilidade, com a publicidade, com a oralidade do debate, por cujas impressões se forma o veredictum, com a livre convicção, com a irresponsabilidade do voto, etc. etc.; mas sujeita a reformas, como a propria lei *mater*, nas quaes se attendam ás exigencias inilludiveis do progresso.

Si o Congresso Nacional é o competente privativo para decretar a lei organica do instituto, lei que dá fórmula e ordem de dirigir de modo a ser completa a execução da Constituição, então no funcionamento e na composição do jury não podem tocar os Estados, o que vale dizer que o art. 34 § 34 apagou os demais que garantem ás partes componentes da União os poderes de organização judiciaria e leis processuaes, em materia

em que a sua liberdade de acção só é limitada aos principios basilares, resalvados na lei maior.

Com o instituto da fiança, a Constituição estabeleceu um temperamento precipuo ao rigor dos casos de prisão, duro sacrificio da liberdade, sem desgarrar o intuito repressivo do processo, assegurando pela caução a presença do accusado.

Os casos em que se admite a fiança idonea, e seu processo, segundo a interpretação litteral que impugno, só o Congresso Nacional decreta para a completa execução da Constituição, o que seria legislar a incongruencia, o conflicto inconciliavel com o preceito anterior, que garantiu aos Estados a faculdade de legislarem no tocante a disciplina adjectiva da fiança.

Poder-se-iam multiplicar ao infinito os exemplos.

Os que ahi ficam, porém, bastam e muito, para descarnar a erronia da interpretação, que se apega á inflexibilidade e indistincção do texto, com o emprestar ao legislador o pensamento, que não tinha, de attribuir ao Congresso a decretação de leis organicas para a execução completa da Constituição, sem attenção ás materias, e com exclusão peremptoria e absoluta dos poderes locais.

*
* *

Nos Estados Unidos tem o Congresso, além dos poderes expressos, mais a faculdade de fazer todas as leis que forem necessarias e convenientes á execução das faculdades enumeradas, e todas as outras de que a Constituição investiu os Estados Unidos, ou qualquer departamento ou funcionario do mesmo—Const. art. 1º, sec. 8ª, n. 18.

E' a *clausula elastica* da Constituição, sobre a qual tanto se questionou para determinar que extensão de poderes ella confere ao Congresso, dividindo os americanos em dois grandes partidos politicos, tal o desaccordo na interpretação (Fiske, 245 e 258).

Esse texto, segundo a intelligencia mais auctorizada, si não dilata o poder do Congresso, não se póde entender que o restrinja, ou que limite o direito do legislativo para exercer seu melhor juizo na escolha de medidas destinadas a por em execução as faculdades constitucionaes do governo nacional.

É tratando Story—*On constitution* n. 1.255—de fixar a regra que precise o limite federal neste assumpto, continúa, falando assim;

«Sempre que o fim seja legitimo, sempre que esteja dentro do limite fixado pela Constituição, todos os meios que sejam convenientes e adequados a esse fim, ou não estejam prohibidos, antes se conformem com a letra e espirito do pacto fundamental, são constitucionaes.

Quanto á extensão dos poderes federal e local sobre materias constitucionaes, nesse paiz está adoptada sem contradicta esta maxima fundamental:

«Deve ter-se presente que uma grande differença existe entre a Constituição dos Estados Unidos e as Constituições dos Estados, no que se refere ás faculdades que se podem exercer conforme uma e outras.

O governo dos Estados Unidos é um governo de faculdades limitadas, e os governos dos Estados possuem a amplitude do poder legislativo.

Quando uma lei do congresso é atacada como nulla, recorreremos á Constituição Nacional para ver si a concessão de faculdades especificadas é bastante ampla para comprehender essa lei; mas, quando a de um Estado se ataca por egual motivo, ha sempre uma presumpção de validade, e essa presumpção é conclusiva, a menos que se descubra que a Constituição dos Estados Unidos ou a do Estado prohibe expedir essa lei...

O Congresso não pode expedir mais leis do que aquellas para as quaes a Constituição o auctoriza, seja de um modo expresso, seja de uma maneira claramente implicita; emquanto que a legislatura de um Estado tem jurisdicção em todas as materias sobre que lhe não haja prohibição de legislar (Cooley—cit.).

Nem só na doutrina, senão tambem nas praticas americanas, tem prevalecido esse principio, como da essencia do regimen federal.

Assim, a primeira das reformas da Constituição diz:

« O Congresso não poderá fazer lei alguma relativa ao estabelecimento de qualquer religião, ou que vede o livre exercicio de alguma dellas ».

Da diversidade de legislações locais sobre este ponto dão testemunho estas palavras do citado auctor :

« Consideraveis differenças poder-se-ão notar no que dispõem as Constituições dos Estados sobre esta materia : algumas se limitam a declarações ou prohições, cujo objecto é garantir a mais perfeita igualdade para todas as crenças religiosas, emquanto que outras revelam certa desconfiança para com a auctoridade ecclesiastica, com o tornar inelegiveis para os cargos civis os que exercem funcções clericas ; e outras ha, todavia, que deixam ver alguns traços desta antiga noção : a verdade, a consciencia do dever não se associam com o scepticismo em materias religiosas».

A segunda emenda prevê que : «sendo necessaria uma milicia bem organizada para a segurança de um Estado livre será tolhido ao povo o direito de ter e levar armas consigo».

E os Estados de Alabama, Arkansas, Illinois, Indiana e outros têm legislado sobre este ponto.

A 6.^a emenda ordena :

« Em todos os processos criminaes, o accusado terá direito de ser julgado prompta e publicamente por um jury imparcial do Estado. » E os Estados, segundo a interpretação que a esta clausula se tem dado, podem até supprimir o jury, porque ella lhes não restringe as faculdades.

Os Estados podem, si o quizerem, diz o mesmo auctor, legislar sobre juizos para toda a classe de offensas contra elles... sem a intervenção de um jury, ou mesmo por um jury differente do que reconhece a *common law*.

A garantia que os americanos mais apreciam é o *habeas-corpus*, de que fala a Constituição nestes termos :

« O privilegio do *writ of habeas-corpus* não se suspenderá, sinão quando, em caso de rebellião ou invasão, assim o exige a segurança publica».

Pois bem : nem um Estado ha que não haja legislado sobre *habeas-corpus*.

Todos, como soberanos, se julgam com faculdades para fazel-o, determinando os processos mais convenientes e adequados para a maior efficacia da preciosa garantia de liberdade pessoal, publicistas havendo que até sustentam poderem

os Estados suspender o privilegio do *writ of habeas-corpus* (Hurt — *On habeas-corpus*, pags. 106 e 119).

Nem só isso : mais adiantadas theorias professam esses publicistas sobre as faculdades dos Estados, pois sustentam que estes podem legislar até sobre materias attribuidas á União, mas acerca das quaes não exista lei federal.

« On some other objects state laws may be valid until the power of Congress is exercised... The State may legislate on the subject of bankruptcy if there be no national bankrupt law.

State laws for organising and disciplining the militia are valid, except, as they may conflict with national legislation ».

(Cooley cit. pag. 24).

Nesse paiz, portanto, nunca se acreditou que os poderes *implicitos* do Congresso, por maior a elasticidade da clausula constitucional, chegassem até a desconhecer as faculdades naturaes da soberania local, entre as quaes a de legislar sobre as importantissimas materias que comprehende o « Bill of rights », que a Constituição sanciona.

*
* *

O art. 74 do Codigo Penal de Hidalgo, Republica Federal do Mexico, prohibe exercer a medicina sem titulo, e castiga o infractor com arresto maior e multa de \$50 a \$500.

Julgando o juiz de Pachucha, que D. José M. Vilchis Varas de Valdês havia infringido essa lei, instaurou o correspondente processo e o declarou formalmente preso.

Contra esses actos interpoz-se recurso, sob fundamento de serem contrarios aos arts. 3º e 4º da Constituição.

O juiz de Direito concedeu o amparo, fundando-o em que é absolutamente livre o exercicio de toda a profissão, emquanto não expedisse o Congresso a lei organica do art. 3º da Constituição.

Levada a sentença á revisão da S. Côrte, occupou-se esta do assumpto na audiencia de 18 de junho de 1880.

Era até então quasi geral o sentir que a competencia para decretar leis organicas para a execução completa da Consti-

tuição, era de tal modo privativa do Congresso Federal que se acreditava não poder uma legislatura local expedir, sem attentado, lei alguma que regulamentasse um preceito constitucional.

Contra essa doutrina, erronea e funesta, insurgiu-se o eminentissimo Presidente da Côrte, d. Ignacio Vallarta, o Marshal mexicano, como destituida de assento em fracção alguma das 30 do art. 72 da Constituição, e contraria ao principio federal, que a doutrina ensina, e encrustado está nas praticas americanas, dizendo que

esta crença que, transmittida de geração em geração, nos tem chegado desde os tempos do centralismo; esta crença, acceita sem exame, praticada sem escrupulo, contradiz, mais ainda nega por completo o regimen federal; centraliza a acção legislativa que este systema de governo deixa reservada ás partes componentes da União; e produz praticamente no Mexico uma mescla indefinivel de centralização e federação, que necessariamente causam immensos males ao paiz.

(Votos, vol. 2º, pag. 82).

Impressionada pelo vigor da argumentação do sabio juiz, a Côrte firmou, como theoria constitucional que :

1º O Congresso da União póde e deve legislar para toda a Republica, expedindo elle exclusivamente as leis organicas ou secundarias daquelles artigos que versem sobre materia federal, consignada em texto expresso de Constituição a funcionarios federaes;

2º Os Estados, por sua vez, pódem legislar sobre toda a materia que não seja federal, respeitando e obedecendo as leis do Congresso nas que o forem.

Em consequencia, julgou que não é absolutamente livre, segundo a Constituição, o exercicio de todas as profissões scientificas: a lei póde determinar quaes necessitam de titulo para sua pratica.

Os Estados têm faculdades para expedir essa lei.

(Ob. cit. pag. 92 e seg. e 101).

E tão elastica é a clausula constitucional americana applicavel, como a correspondente da Constituição do Mexico — art. 72, fracc. XXX.

*
* * *

Entre as fontes subsidiarias do nosso direito positivo constitucional, figuram os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, cuja Constituição, elaborada pela convenção de Philadelphia, e posteriormente emendada, serviu de paradigma á nossa.

E' assim que, todos os dias, os nossos parlamentares e juristas invocam o direito positivo americano, não sómente como um direito a imitar, mas tambem como uma especie de direito obrigatorio, que se deve observar neste ou naquelle caso.

Esta como transmigração do direito justifica-se, como diz Miceli, recorrendo-se á uma presumpção juridica que de modo manifesto ou latente opera na consciencia juridica de um Estado, ou daquelles que se lhe fazem interpretes, isto é, a presumpção que, tendo se imitado a Constituição de um Estado, *ipso facto* se compromette a imitar aquellas normas que a fazem funcionar de um modo dado.

Legitima ou não, conclue o citado publicista, o certo é que esta presumpção é o fundamento juridico da quasi obrigatoriedade que assumem aquellas normas.

Não ha razão de natureza especial peculiar ao paiz, que excepcione a applicabilidade entre nós das normas que, neste particular, devem fazer funcionar do mesmo modo a Constituição.

A vida do cidadão brasileiro se desenvolve em um continuo dualismo: participa elle em dois governos, que se sobrepõem, mas não se confundem; está sujeito a duas normas soberanas, ás leis federaes e ás leis dos Estados, bem como a duas ordens de auctoridades, que entre si não tem subordinação hierarchica—de um lado o Chefe, Congresso, Justiça e auctoridades da União, de outro as auctoridades do Estado particular a que pertence.

Originaria, e de genio, esta concepção americana.

A soberania, poder supremo, unico determinante de si proprio, logicamente implica o caracter de absolutismo, de indivisibilidade : a soberania dividida é soberania limitada, soberania limitada é meia soberania, e meia soberania, diz Heffter, é quasi antinomia, e mais que isso, sentenciaia Laband, é positiva *contradictio in adjecto*.

Una em essencia, una é ainda na origem — o povo, segundo a organização constitucional : provam-no o voto activo, directo ou indirecto, a dissolução legal da Camara dos Deputados pelo lapso do periodo legislativo prefixado, a renovação parcial e periodica do Senado, afim de escolher o povo novos representantes, a nomeação do Chefe da Nação e do seu substituto pelo voto popular, o direito dado a qualquer do povo de promover a responsabilidade das auctoridades criminosas, o jury, a justiça de paz.

Sem de sua séde destacar-se, a soberania, que não se exerce por si, faz, descendo á actuação, delegações parciaes, crea aparelhos e órgãos, e, por elles, organiza a vida nacional e a vida local, interesses distinctos, forças vivas de todas as sociedades, daquellas principalmente que, como o Brasil, se desenvolvem em vasto theatro.

Para a vida nacional—a União, Republica, Governo de União ou simplesmente governo, segundo as diversas denominações constitucionaes : a ella affectos, os negocios de character geral, interessando a toda a collectividade, coisas da mais alta monta de gestão, si não impossivel, difficilima, pelos Estados agindo separadamente.

Para a vida local—os Estados, carregando com todos os demais negocios e interesses seus peculiares ou domesticos.

Esses governos coexistem, tendo cada qual sua esphera de acção, propria e distincta : aquelle, com as funcções, que designadamente lhe conferiu a Constituição, e com os poderes implicitos necessarios para exercer os expressos ; este, com os demais todos, que, expressa ou implicitamente, não lhe nega a Constituição da Republica.

Isso mesmo se escreveu no art. 65 § ° 2 da Constituição, preceito que se póde considerar «chave mestra da federação, regra aurea da discriminação de competencias.»

Pois bem. Não pôde haver uma logica na America do Norte, e uma logica differente no Brasil, que lhe imitou a Constituição, e *ipso facto* se comprometteu a lhe guardar as normas de funcionamento regular; uma logica no Mexico, outra logica differente no Brasil, paizes ambos affins em constituições e tendencias politicas, e ambos n'um identico modelo inspirados.

No Brasil, pois, segundo o principio federativo, tudo podem os Estados que não fôri contra a Constituição, ao passo que a União nada pôde fóra da Constituição.

Impõe-se, assim, segundo reconstrucção curial da intenção legislativa, como fatal

CONCLUSÃO

A decretação de leis organicas para a execução completa da Constituição pelo Congresso Nacional, está fóra desta, si se a quer com exclusão absoluta das legislaturas locaes, ou sem attenção ás materias de que tratam os artigos constitucionaes, salvo na extensão dos territorios ou do Districto Federal.

E não está nas faculdades da União.

A decretação de leis organicas para a execução completa da Constituição pelas legislaturas locaes, com attenção ás materias de que tratam os artigos constitucionaes, não é contra a Constituição.

E está nos poderes dos Estados.

Agosto, 1910.

Eito Fulgencio