MATRIZES IDEOLÓGICAS DO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO FARROUPILHA

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS

1. O projeto de Constituição elaborado em Alegrete, no ano de 1843, para a República Rio-Grandense, reflete as concepções político-jurídicas dos séculos XVII e XVIII, do mesmo modo como a primeira Constituição brasileira, de 1824, que lhe serviu, aliás, como modelo mais próximo. Esses documentos estão todos envolvidos pelo clima cultural e respiram a atmosfera em que viviam a Europa e os Estados Unidos, na passagem do século XVIII para o XIX. Em 1843 haviam transcorrido apenas 54 anos da Revolução Francesa e 56 da Constituição Americana — aproximadamente o mesmo período de tempo que nos distancia da Revolução de 30. O Estado absoluto estava morto e era a época do constitucionalismo, da tendência a plasmar num texto escrito, hierarquicamente superior às leis ordinárias, a organização e as linhas estruturais da Nação, mas sobretudo os direitos e garantias que tinham os cidadãos contra o Estado. Do ponto de observação em que nos encontramos, olhando do fim do século XX para a primeira metade do século XIX, é possível perceber com facilidade que, das várias vertentes que se unem para formar a corrente geral do pensamento político expressa nas primeiras constituições escritas, a mais forte é a liberal. E nem poderia deixar de ser de outro modo, pois os grandes movimentos que convulsionam as últimas décadas do século XVIII e projetam sua luz e suas sombras sobre o século XIX terminam com o triunfo da burguesia. O traço democrático, quando aparece mais vincado, tal como se vê na Constituição do ano I da Revolução Francesa, de 1793, é para ficar esquecido, num texto sem aplicação e logo apagado por uma nova Constituição, a do ano III, que instituiu o regime de Diretório, eliminou o sufrágio universal direto e reinstaurou o sufrágio censitário.

2. O pensamento liberal coloca-se em posição polêmica ao Estado absoluto. As idéias políticas contrárias ao absolutismo ligam-se todas, à sua vez, ao racionalismo dos séculos XVII e XVIII. Conquanto, num primeiro momento, o racionalismo tenha servido à justificação do absolutismo, como ocorreu com Grócio e Hobbes, era inevitável que a *razão*, objetivamente cristalizada numa regra jurídica, acabasse por sobrepor-se à *vontade* do governante. O conflito entre *racionalismo* e *voluntarismo* que culmina, no plano político, com a sujeição do Estado à lei, com o estabelecimento do Estado de Direito e, portanto, com a vitória da *razão* sobre a *vontade*, é antiqüíssimo. Deita raízes no pensamento grego e é especialmente vivo e palpitante na filosofia escolástica, na obra dos teólogos e dos doutores da Igreja. A revolução científica que se inicia com o gênio de Galileu, o extraordinário desenvolvimento das ciências exatas, a teoria do conhecimento de Descartes teriam, porém, inevitavelmente de repercutir no campo político e no Direito, tornando forçosa a conclusão de que assim como a natureza tem suas leis, identificadas e assimiladas pela razão, *"a natureza da convivência humana"*, isto é, a sociedade, o Estado e o Direito *"devem reduzir-se a leis com a imutabilidade das leis matemáticas. Do mesmo modo como a conexão lógica dessas leis com a ciência da natureza engendrou um sistema do mundo exterior ao homem (Física), que culmina com a Philosophiae Naturalis Principia Mathematica (1687) de Newton, surge, também, referido ao mundo natural dos homens, um sistema de sociedade, justamente o direito natural"* (FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Goettingen, 1952, p. 140).*

No Estado absoluto o que prepondera é a vontade. O rei, como o Deus dos voluntaristas escolásticos, não é *ratio*, mas sim *voluntas*. O Estado é a vontade do rei, ou, na forma ainda mais concisa, de Luiz XIV, o Estado é o próprio rei, *L'État c'est moi*. A lei não é a vontade geral, como depois irá pensar Rousseau, mas é a vontade do monarca. O Rei é *"lei viva e animada sobre a terra"*, dizia-se dos velhos reis portugueses. E, em alguns casos, essa identificação perfeita entre a lei e o soberano chegava até mesmo ao ponto de aceitar-se que a regra jurídica não perderia sua natureza e continuaria, pois, sendo regra jurídica, ainda que permanecesse oculta, irrevelada e nunca exprimida, nas trevas do pensamento do monarca, *como lex mentalis*, a lei mental, suprema manifestação, a um só tempo, do absolutismo e do voluntarismo jurídico.

A história do liberalismo político é a história dessa tensão dialética entre *razão* e *vontade* e do amplo repertório de idéias, conceitos e instrumentos jurídicos ligados pela finalidade comum de conter

eficazmente o poder do Estado, nas suas relações com os indivíduos ou com os cidadãos. É um longo caminho e eu me permitiria convidar os meus pacientes ouvintes a percorrê-lo apenas nos seus pontos principais.

3. (A) — Iniciemos com HUGO GRÓCIO (1583-1645). *O De Iure Belli Ac Pacis* não constitui apenas o fundamento do Direito Internacional moderno, mas igualmente o marco inicial do jusnaturalismo racionalista. O pensamento de GRÓCIO orienta-se para duas ordens de considerações. A primeira delas é a de que é possível construir sistema jurídico cujas regras seriam extraídas, por dedução, de princípios naturais de justiça, concepção a que chega a partir do *jus gentium* romano, por ele identificado como o *jus naturale*. O direito natural, para Grócio, como *dictamen rectae rationis*, como imperativo da reta razão, existiria mesmo que se Deus não existisse — *etsi daremus Deum non esse* — o que significa um momento importante na secularização do Direito e sua libertação da teologia moral, ainda que essa idéia tenha sido tomada de FRANCISCO SUAREZ, na pugna contra o voluntarismo da baixa escolástica. Sem o saber e sem o desejar, lançava GRÓCIO, assim, a semente que mais adiante germinaria na convicção de que o governante, ao invés de ser *a legibussolutus*, como se predica do príncipe romano, no discutido fragmento do Digesto, está subordinado a um complexo de princípios e normas que emanam da razão e os quais não poderá transgredir. Na verdade, ao admitir-se que o direito natural existiria mesmo que Deus não existisse ou que ao próprio Deus não caberia opor-se ao direito natural, estava-se a um passo da transposição desse pensamento para o plano político, com o conseqüente naufrágio do voluntarismo absolutista. GRÓCIO, no entanto, não deu esse passo, mas abriu caminho para que LOCKE o desse, como terei em breve oportunidade de lembrar.

Mas se, por um lado, GRÓCIO esboçava, desse modo, um limite ao poder do soberano, ao reconhecer limite ao poder maior de Deus, por outro justificava o absolutismo, ao retomar a idéia do pacto social. Não é outra, aliás, a explicação para o favor e o prestígio que a GRÓCIO emprestaram os adeptos e teóricos do velho regime.

O pacto social é uma idéia ou um mito que, na idade moderna, aparece na obra do jurista alemão ALTHUSIUS e que ressurgirá, depois, passando por GRÓCIO, em HOBBES e LOCKE, para encontrar sua formulação definitiva no *Contrat Social*, de JEAN JACQUES ROUSSEAU. No *De Iure Belli ac Pacis* no estado de natureza, em que o homem vive numa fase pré-estatal, o relacionamento entre os indivíduos é comandado pelo que GRÓCIO denomina de *appetitus societatis*, uma nova designação para nomear as qualidades do homem social ou do homem político de ARISTÓTELES. O equilíbrio que se verifica existir no estado de natureza é, entretanto, precário e instável. A diminuição dos bens disponíveis, o decréscimo da riqueza, as necessidades sempre maiores estimulam o nascimento de instintos e impulsos egoísticos. A liberação dessas tendências dá origem à violência, determinando que os indivíduos, na busca de interesses comuns e da utilidade comum, celebrem um pacto, pelo qual se dá a passagem do estado de natureza ao Estado verdadeiramente constituído e institucionalizado, ao outorgar-se a um soberano o poder de fazer respeitar, coercitivamente, os direitos de cada indivíduo. Dentre esses direitos sobressai o de propriedade, nas palavras textuais de GRÓCIO *"a propriedade, tal como existe atualmente, foi introduzida pela vontade humana, mas, desde o momento em que foi introduzida, é o direito natural que me ensina que é para mim um crime apossar-me contra tua vontade do que é objeto da tua propriedade"*. O que GRÓCIO não fez, já o vimos, — e aí reside uma certa incoerência do seu pensamento — foi erguer a razão como um freio ao poder do soberano. O direito natural, em GRÓCIO, parece disciplinar exclusivamente as relações entre os indivíduos, como ênfase na boa fé e na fidelidade às obrigações assumidas nos contratos. No que diz, todavia, com as relações entre os indivíduos e o Estado, o direito natural, fruto da razão, fica empalidecido e impotente diante do poder do soberano, resultante do pacto social que assegura uma preeminência do poder do Estado com relação aos direitos dos indivíduos. De qualquer maneira, é irrecusável a importância da contribuição de GRÓCIO, apesar do seu conservadorismo político, para o ulterior desenvolvimento das concepções que irão convergir para o desenho das formas mais maduras do pensamento liberal.

(B) — Com THOMAS HOBBES (1588-1679) o jusnaturalismo assume um rumo inesperado e absolutamente original. O movimento jusnaturalista, anterior a HOBBES, tem como denominador comum o entendimento indiscrepante de que o direito natural compõe um quadro de valores e normas superior ao direito positivo. Abria-se dessa maneira, um fosso ou estabelecia-se um contraste entre *idéia e existência*, pois só em determinados pontos coincidia o ordenamento jurídico *real*, o direito positivo, com aquele outro *ideal*, o direito natural. Como observa WELZER, na hipótese de antinomia ou de conflito entre ambos, o direito objetivo *"podia ser obedecido para evitar escândalo e sedição, mas não tinha de ser obedecido" (Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, 1957, p. 143). HOBBES, pela primeira vez, encurta a distância entre o ideal e o existente e, utilizando-se de pressupostos do

jusnaturalismo, elabora a primeira grande teoria do positivismo jurídico, sem incorrer, na realização dessa tarefa, em saltos lógicos significativos. HOBBES admite, como GRÓCIO e tantos outros pensadores, do passado ou do seu tempo, um estado de natureza, anterior ao surgimento da sociedade civil. O que há de singular no pensamento de HOBBES, é que o estado de natureza por ele concebido mergulha nas névoas de um profundo pessimismo. Caracterizador do estado de natureza é o egoísmo, a ambição, a maldade, a prepotência. Trata-se de uma guerra de todos contra todos — *bellum omnium contra omnes* — onde inexiste qualquer segurança e qualquer meio eficaz para a proteção dos indivíduos. Estes são levados, portanto, ao contrato social não por um *appetitus societatis*, como em GRÓCIO, mas movidos tão-somente pelo medo. É o medo que os faz transferir a um só homem ou a uma assembléia os seus direitos naturais, abdicando da ilimitada liberdade natural que nos tenha com relação aos outros. É evidente que esse pacto não é um *pactum societatis*, mas sim um *pactum subjectionis*. O pacto não se estabelece entre os indivíduos e o soberano, mas apenas entre os indivíduos. Sendo assim, o soberano, a que todos se submetem, não tem qualquer compromisso com seus súditos. Uma vez que os indivíduos renunciaram a seus direitos naturais em favor do Estado, os direitos que lhes cabem, após o pacto, são aqueles concedidos pela vontade do soberano, pela lei positiva. Anota um moderno historiador italiano do Direito, ADRIANO CAVANNA, que *"estamos diante de uma rigorosa teorização do absolutismo* e, *ao mesmo tempo, da doutrina de uma plena laicização do Estado:* o *fundamento deste último é identificado por HOBBES num fato racional da vontade humana (o contrato), ao invés de numa pretensa legitimação divina do poder do soberano" (Storia del Diritto Moderno in Europa*, Giuffrè, 1979, p. 331).

Curioso é realçar a forma extremamente engenhosa como as concepções jusnaturalistas são transformadas em alicerces de uma rígida estrutura positivista. Disse agudamente NORBERTO BOBBIO que HOBBES *"é um jusnaturalista na partida e um positivista na chegada" (apud*, CAVANNA, op. cit., p. 333). Determinante do positivismo de HOBBES é o voluntarismo nominalista dos escolásticos ingleses OCKHAM e ESCOTO. Deles deriva, igualmente, o pessimismo de HOBBES. Segundo OCKHAM, a primeira inclinação do homem é para a discórdia, sendo o Estado uma instituição que assegura proteção contra os maus (cf, WELXEL, op. cit., p. 145). Por outro lado, ainda para OCKHAM, o bem e o mal resultam exclusivamente da vontade divina, não constituindo valores materiais em si, como se depreende dessa passagem célebre:

> *"As palavras furto, adultério, ódio, etc., designam estes atos não em sentido absoluto, mas só dão a conhecer que se está obrigado por preceito divino a fazer o contrário. Se fosse ordenados pol Deus, então não se estaria obrigado a fazer o contrário e não se os chamaria, conseqüentemente, furto, adultério, etc.". (apud* WELZEL, op. cit. p. 105).

A aplicação dessas idéias ao Estado, feita por HOBBES, tem como resultado que o justo e o injusto decorrem de uma decisão ou de um ato de vontade do soberano, não havendo, ao contrário do que sustentava o jusnaturalismo idealista, uma medida racional para indicá-los. Não aceitando que o homem fosse originariamente bom, HOBBES era coerente em não procurar tirar da razão humana os valores e regras que seriam condicionantes do direito positivo, uma ordem ideal que se sobreporia à ordem positiva. Numa palavra, para HOBBES o que faz o Direito é o poder do Estado, não a razão ou a verdade, como deu expressão em fórmula famosa: *"Auctoritas, non veritas facit legem"*.

Da natureza de comando, de ato de vontade, que possui a lei, decorre que só a autoridade da qual ela emana é que poderia interpretá-la corretamente. *"A interpretação de todas as leis, diz HOBBES, depende da autoridade do soberano* e *os intérpretes serão aqueles nomeados pelo soberano, a quem todos os súditos devem obediência. Se assim não fosse, pela habilidade de um intérprete a lei poderia ser torcida para exprimir coisas contrárias às que estavam no entendimento do soberano" (apud* CAVANNA, op. cit., p. 332). O positivismo de HOBBES é causa, porém, de algumas importantes contribuições para o futuro perfil do Estado de Direito. Para HOBBES uma ação só é passível de pena se previamente existir uma norma que a proíba e que para ela estabeleça uma sanção. isto é, nada mais nada menos, que a enunciação do moderno princípio que informa o Direito Penal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. A este axioma liga-se outro, pertinente à irretroatividade da lei penal, claramente anunciado no Leviathan, nestes termos: *"no law after a fact done can make it a crime"*.

É por si só evidente a importância destas posições de HOBBES para o pensamento liberal. Se apenas é crime o que a lei assim qualifica, tem o indivíduo a plena liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, identificando-se, assim , o silêncio da lei com a liberdade individual. Tal princípio, depurado do voluntarismo de HOBBES, é que se irá incorporar definitivamente ao patrimônio das con-

quistas liberais, e que vem invariavelmente estampado nas Constituições democráticas modernas. No que se refere à liberdade é, em suma, o princípio que OTTO MAYER denominará, já no fim do século XIX, de princípio da reserva legal.

(C) — Maior impulso, entretanto, tomará a corrente liberal com a obra de JOHN LOCKE (1632-1704), notadamente com os *Two Treatises of Civil Government*. Enquanto HOBBES valorizava o Estado e o poder do soberano, vendo na natureza da lei a vontade do monarca, LOCKE valoriza o indivíduo frente ao Estado, preocupado em garantir os seus direitos fundamentais, imanentes e naturais ao homem, como a liberdade, a igualdade, a propriedade. É oportuno lembrar que LOCKE escreveu os seus dois tratados ao tempo em que fermentavam as tensões que eclodiriam na "gloriosa revolução", da qual sairá o *Bill of Rights*, marco da maior importância para o constitucionalismo inglês (CAVANNA, op. cit., p. 336). Espelhando as aspirações da burguesia, LOCKE acentua notavelmente a importância da propriedade, a qual traria felicidade ao homem, ou, com suas palavras: *"A maior felicidade não consiste em gozar dos maiores prazeres, mas em possuir as coisas que produzem os maiores prazeres"*, desembocando, assim, no que LEO STRAUSS, analisando precisamente a obra de LOCKE chamou de *"hedonismo capitalista" (apud* JEAN TOUCHARD, *Historie des Idées Politiques*, Presse Universitaries de France, 1959, vol. I, p. 375), e que hoje nós chamaríamos de justificação do consumismo.

O contrato social, que os homens celebram ao sair do estado de natureza tem por fim principal a conservação da propriedade *(Segundo Tratado*, capítulo IX, nº 124). Mas, se o grande objetivo que os homens perseguem ao ingressarem na sociedade civil, pelo contrato social, é gozar suas propriedades, em paz e segurança, o grande instrumento para que isso se realize são as leis estabelecidas nessa sociedade. Assim, a primeira e fundamental lei positiva de qualquer comunidade é o estabelecimento do poder legislativo *(Segundo Tratado*, capítulo XI, nº 134). E aqui chegamos ao ponto culminante das idéias liberais de LOCKE, onde é estabelecida a divisão das funções dentro do Estado, entre o Legislativo e o Executivo, iniciando uma linha de pensamento que encontrará seu desdobramento integral no *"Espírito das Leis"*, de MONTESQUIEU.

Em contraposição a HOBBES, que concentrava as funções do Estado nas mãos do monarca, LOCKE estabelece a cisão entre o Legislativo e o Executivo, colocando-o em órgãos diferentes e assinalando que o supremo poder do Estado é o Poder Legislativo, escolhido e nomeado pelo povo. Contudo, por eminente que seja o Poder Legislativo, não lhe cabe ser arbitrário e injusto. Neste ponto LOCKE adota as posições do jusnaturalismo idealista, para erguer uma barreira garantidora dos direitos individuais contra as intervenções do Estado. Se, diz LOCKE, no estado de natureza nenhum homem tinha poder absoluto e arbitrário sobre os outros, de dispor sobre sua própria vida ou sobre a vida e a propriedade dos demais, ao serem transferidos ao Estado, pelo contrato social, os direitos e poderes que tinham os indivíduos, não ficou o Estado investido de qualquer poder arbitrário, pois poderes do Estado são exclusivamente aqueles que lhe foram outorgados e tal poder não se encontrava entre eles.

Por análoga ordem de raciocínio sustentava LOCKE o direito de resistência dos cidadãos contra o Estado que arbitrariamente desbordasse dos poderes que lhes tinham sido delegados e agisse em desrespeito aos direitos naturais invioláveis dos indivíduos. Fica, portanto, claramente visto que é com LOCKE que se afirma pela primeira vez, em plenitude, no plano político, o primado da razão expressa na lei, como manifestação do supremo poder do Estado — o Poder Legislativo, distinto e separado do Poder Executivo — sobre a vontade dos governantes, que passariam a ser sujeitos à lei e por ela governados.

A garantia dos indivíduos não se esgotava, porém, aí. A separação das funções do Estado, que LOCKE foi buscar no Livro IV da Política de Aristóteles, para transformá-la em instrumento de combate ao absolutismo, e a supremacia da função legislativa sobre as demais funções do Estado, não eram ainda suficientes. Mais do que a lei, a muralha extrema de resistência ao poder arbitrário do Estado era formada pelos direitos naturais do ser humano, considerados como pré-existentes, invioláveis e superiores ao próprio Estado, tanto que, mesmo mediante lei, não poderiam jamais serem hostilizados.

Define-se com LOCKE, portanto, o perfil do Estado liberal, não intervencionista, respeitador e garantidor dos direitos individuais, submetido a *rule of law* que, no continente europeu, chamar-se-á de Estado de Direito.

Com o forte traço liberal-burguês de suas concepções, não admira que as idéias de LOCKE tenham tido a penetração que tiveram na Europa em geral, especialmente na França iluminista e nos Estados Unidos do século XVIII. Aperfeiçoadas por MONTESQUIEU, que dará forma final à teoria da divisão das funções do Estado, e enriquecidas pelo enérgico tom democrático que irradia a obra de ROUSSEAU, comporão a massa da qual sairão a ideologia da Revolução Francesa e a Constituição Americana.

(D) — MONTESQUIEU (1689-1755) no célebre Livro XI, capítulo 6º, do seu *Espírito das Leis*, escreveu as páginas de ciência política mais importantes de todo o século XVIII. Elas irão influir poderosamente nas principais correntes de idéias relacionadas com o Estado e sua organização que, ultrapassando o século XIX, projetam-se até os nossos dias. Um dos pilares principais em que se apóia a glória de MONTESQUIEU é a teoria da tripartição das funções do Estado, às vezes impropriamente chamada de teoria da tripartição dos poderes do Estado, como se o poder do Estado fosse suscetível de fragmentação e não fosse, como é, unitário.

A noção de que existem várias funções dentro do Estado, aqui já foi dito, remonta a ARISTÓTELES (Política, Livro IV, 14-16). LOCKE a retomou, para transformá-la em instrumento de contenção do poder absoluto do monarca, ao submetê-lo ao Poder Legislativo. Contudo, ao Legislativo e Executivo LOCKE agregava uma terceira função, por ele batizada de Poder Federativo, que consistiria, basicamente, no poder de fazer a guerra e a paz e de estabelecer ligas e alianças.

MONTESQUIEU concebe sua teoria nesses três períodos lapidares:

> *"A liberdade política de um cidadão é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem da sua segurança; e para que tenha essa opinião é necessário que o governo seja tal que um cidadão não tenha por que temer outro cidadão.*
>
> *Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade; pois que se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.*
>
> *Não há ainda liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Se ele estivesse confundido com o Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se ele estivesse confundido com o Poder Legislativo, o juiz poderia ter a força de um opressor".*
>
> *(De L'Esprit des lois*, ed. du Seuil, 1964, L. XI, c.6, p. 586, tradução do autor).

Na concepção de MONTESQUIEU é manifesto que o Poder Legislativo é superior ao Executivo e ao Judiciário. Estes últimos devem dar pontual cumprimento ao que nas leis se consigna. No tocante aos juízes, deles diz, na conhecida frase, que *"devem ser a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor"*. O juiz autômato de MONTESQUIEU, tão diferente do juiz moderno, lembra, contudo, o intérprete da lei imaginado por HOBBES; ambos despojados de qualquer poder de criação.

Recomenda MONTESQUIEU, ainda, que o Poder Executivo, *"por que quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é melhor administrado por um do que por muitos"*, ao contrário do que ocorre com o Poder Legislativo, que é mais bem exercido por muitos do que por um só. Tendo presente a estrutura do legislativo inglês (o capítulo 6º, do Livro XI tem por título *"Da Constituição da Inglaterra"*), manifesta MONTESQUIEU sua preferência pelo sistema bicameral e pela democracia representativa, contra o qual ROUSSEAU, pouco depois, lançará suas farpas, em palavras veementes.

O breve sumário de algumas linhas fundamentais do pensamento político de MONTESQUIEU já deixa entrever quanto dele passou à história, não apenas à história das idéias políticas — muitas das quais eu chamaria de não funcionais ou não operativas, por terem ficado nos livros e não transcenderam o reduzido círculo dos especialistas ou dos eruditos — mas à própria história política e à história do Direito Público, como fermento de revoluções e como arquétipo de textos constitucionais. Conquanto a disseminação do parlamentarismo e da delegação legislativa tenha posto em xeque, nos nossos dias, a teoria da tripartição das funções do Estado, reduzindo sua importância, não há dúvida que foi ela a grande estrutura em que se encastelou, de forma plena e acabada, o pensamento liberal, nos séculos XVIII e XIX. A ela liga-se diretamente o conceito de Estado de Direito e o importante princípio da legalidade da administração pública, que é, aliás, um corolário ou uma secreção do Estado de Direito.

(E) — Esta viagem pelas cumiadas ou pelos pontos mais altos das concepções políticas dos séculos XVII e XVIII ficaria incompleta, seria se deixássemos de lado JEAN-JACQUES ROUSSEAU e o seu *Contrato Social*.

No contrato social, ROUSSEAU, contrariando GRÓCIO, nega a existência de um *appetitus societatis* e, embora aceitando, em parte, a concepção de HOBBES, que não admite no estado de natureza qualquer laço de simpatia entre os homens, não chega ao ponto de aceitar a existência de uma guerra de todos contra todos: o que haveria apenas a indiferença recíproca (WELZES, op. cit., p. 154).

Tem ROUSSEAU ainda em comum com HOBBES o reconhecimento do poder absoluto do Estado, sem os limites do jusnaturalismo idealista. Contudo, ao voluntarismo pessoal de HOBBES, opõe ROUSSEAU como expressão máxima da soberania a *volonté générale*, que já aparece no vínculo instituidor do próprio Estado, no contrato social. Muito embora a fundamentação democrática, o ingresso do indivíduo no Estado implica *"a alienação total de cada associado com todos os seus direitos à toda a comunidade"*, de tal sorte que *"ninguém tem nada mais a reclamar"* (*Contrato Social*, Livro I, capítulo VI). Haverá, assim, que se distinguir entre a liberdade natural, anterior ao contrato, e a liberdade civil que é limitada pela vontade geral (*Contrato Social*, Livro I, capítulo VII). É certo, por outro lado, que essa *"vontade geral só pode dirigir as forças do Estado no sentido do bem comum"*, pois o laço social resulta do que há de comum entre os diferentes interesses dos indivíduos. E conclui: *"É somente sobre este interesse comum que a sociedade pode ser governada"* (*Contrato Social*, Livro II, capítulo I). Transforma-se, assim, a vontade geral no espírito superior que, inteiramente laicizado comanda e anima o Leviathan, numa insólita e ambivalente fusão da idéia democrática com o incontrastável absolutismo do Estado.

O denso componente democrático do pensamento de ROUSSEAU, que se materializa sobretudo na noção de vontade geral, conduziu o moderno conceito de lei, que irá, a seu turno, servir de precioso complemento, na formação do mosaico do constitucionalismo democrático, às idéias de LOCKE e MONTESQUIEU.

Para ROUSSEAU, a lei há de ser geral num duplo sentido: geral porque expressa a vontade geral do povo e geral pela impessoalidade do seu enunciado. Na lei, casam-se, pois, o dado democrático da sua elaboração com a afirmação plena do princípio da isonomia, da igualdade dos cidadãos perante o Estado em qualquer hipótese, mesmo diante da mais alta expressão do poder e da vontade do Estado, que é a lei (Veja-se mais extensamente, sobre o conceito de lei em ROUSSEAU, CARRÉ DE MALBERG, *Contribuition a la Théorie Générale de L'Etat*, Sirey, 1920, vol. I, p. 276 e segs).

"Quando eu digo — escrevia ROUSSEAU — que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os indivíduos como coletividade e as ações como abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular (...) Toda função que se relaciona a um objeto individual não pertence à função legislativa" (*Contrato Social*, Livro II, cap. VI).

Da obra de ROUSSEAU, o conceito passou para o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com o enunciado de que *"a lei deve ser igual para todos"*, e daí para a parte dos direitos e garantias individuais que geralmente integra as constituições democráticas do século XIX e XX do nosso século.

Desnecessário é ressaltar aqui a significação do pensamento de ROUSSEAU na Revolução Francesa. A idéia do controle social e da soberania popular em que implicava a vontade geral foi aproveitada, adaptada às circunstâncias do momento, expandida e divulgada por SIEYES, ao dar ênfase à teoria do poder constituinte, o qual, pertencendo em sua origem à nação, pertenceria a rigor ao terceiro estado, que seria a classe que se identificaria com a nação.

A concepção rousseauniana da vontade geral era, por outro lado, incompatível com a representação popular ou com a democracia representativa. ROUSSEAU era um entusiasta da democracia direta, apesar de reconhecer as dificuldades existentes para o seu exercício nos Estados mais desenvolvidos e mais populosos. Declarava ele: *"A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é ela mesma ou é outra, não há meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes; são apenas seus comissários e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que não seja ratificada diretamente pelo povo é nula, não é uma lei"*. (Contrato Social, Livro III, capítulo XV).

As práticas plebiscitárias, de iniciativa ou de referendo popular, ou ainda do *recall*, encontradiças, com maior ou menor ênfase, nos textos constitucionais contemporâneos, reconduzem-se, assim, ao pensamento de ROUSSEAU.

4. É nessa ampla moldura de idéias políticas, aqui só esboçadas em seus grandes traços, que se situam as Constituições editadas em todo o mundo, no fim do século XVII e na primeira metade do século XIX. No caso brasileiro, a Constituição outorgada, de 1824, recebeu ainda uma forte contribuição das idéias de BENJAMIN CONSTANT, que CARLOS MAXIMILIANO chama de "Papa do Constitucionalismo Imperial" (Comentários à Constituição Brasileira, 1954, vol. I, p. 34). Diz o Visconde do Uruguay, que as palavras que definem Poder Moderador, no art. 98 da Constituição de 1824," *são a chave de toda a organização política' — são com efeito copiadas ou tiradas de outras semelhantes ou equivalentes que Benjamin Constant emprega no Capitulo 1.º da sua — Politique Constitutionelle"* (Ensaio sobre o Direito Administrativo, Rio, 1862, tomo II, p. 36 e 37, nota 1).

A *Politique Constitutionelle*, segundo outra vez CARLOS MAXIMILIANO, gozou *"do prestígio de bíblia no parlamento brasileiro durante cinqüenta anos; era invocado a cada passo nas grandes batalhas tribunícias; adquiriu entre nós autoridade quase igual à do federalista nos Estados Unidos"* (op. e p.cits.)

5. Mas, com o Poder Moderador, compreende-se que a transição de uma monarquia absoluta para uma monarquia constitucional, que importava a ablação da vontade do soberano como lei e a sujeição do imperador à razão objetiva dos preceitos exarados pelo Poder Legislativo, não poderia fazer-se com absoluta tranqüilidade. A força de inércia do velho regime não cessava diante do novo, como não cessava o vezo de o monarca considerar-se ainda investido dos poderes que antigamente lhe cabiam. Explica-se desse modo o permanente conflito entre a coroa e o Poder Legislativo, que é uma das notas típicas do nosso primeiro Império e que irá refletir-se nas províncias, após o Ato Adicional de 1834, como ilustra a experiência rio-grandense.

6. No que diz propriamente com a República Rio-grandense, ao falar-se em Constituição, dever-se-á atentar para as observações de FERDINAND LASSALE, na sua conferência sobre a *"Natureza da Constituição"*, feita em Berlim, em 1862. Para LASSALE, *"as questões constitucionais não são na sua origem questões jurídicas, mas sim de poder. A Constituição de um país consiste nas relações de poder realmente existentes nesse país: o poder militar, corporificado no exército, o poder da sociedade, corporificado na influência dos grandes proprietários; o poder econômico corporificado na grande indústria e no grande capital, finalmente, ainda que sem a mesma importância dos outros, o poder espiritual, corporificado na consciência comum e na cultura e educação comuns"*. (KONRAD HESSE, *Die Normative Kraft der Verfassung*, J.C.B. MOHR, 1959, p. 3).

Vista por este ângulo, durante o tempo que durou a República Farroupilha, é irrecusável que ela consistiu num estado militar, em que o estamento dominante era composto de chefes militares que se identificavam com os grandes proprietários rurais.

Prevalecentes, no jogo de poder e interesses, eram o poder e os interesses dessa burguesia. Era fatal, por conseqüência, que quando se cogitasse de elaborar uma Constituição para essa república, ela deveria necessariamente espelhar com fidelidade tal estado de coisas.

O projeto de Constituição concebido em Alegrete, em 1843, conquanto nunca se houvesse transformado em Constituição escrita e formal da República-Riograndense, é um documento significativo como retrato dessa outra Constituição, de que falava LASSALE, que não está no papel e nem nos livros, mas que é viva e real, e que nos permite, hoje, aludir à Constituição da Roma Republicana ou da Roma Imperial, ou às Constituições das cidades-Estado gregas.

É notório que o projeto de Constituição da República Rio-grandense modela-se, em grande parte, sobre a Constituição Imperial brasileira, substituindo obviamente — no rol do que hoje se denomina em Direito Constitucional de princípios estruturantes do Estado — o princípio monárquico pelo republicano, mas mantendo o da democracia representativa e do Estado de Direito (Art. 4º e Art. 201).

Referentemente à democracia representativa o projeto é enfático ao afirmar, com ROUSSEAU que *"soberania reside essencialmente no povo"*, para logo depois contraditá-lo com a declaração de que *"a nação não pode exercer as atribuições da soberania, imediatamente por si mesma"* (art. 9º). Do povo estão excluídos, nas assembléias paroquiais, os escravos, em princípio os menores de 21 anos; em princípio os filhos de família que viverem na companhia de seus pais; os criados de servir; os religiosos; os soldados, anspeçada e cabos de exército de linhas; os que não sabem ler nem escrever; os que não tiverem de renda anual cem mil Réis de bens de raiz (arts. 6º, I e 91, 1 e 92). O sufrágio, pois, não era universal, mas restrito e censitário. MONTESQUIEU está presente com o seu famoso princípio no art. 10: *"O Poder Supremo da nação se divide para seu exército em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judicial. Estes três poderes são delegados pelo povo e corpos separados e independentes uns do outros"*.

O Poder Legislativo, chamado de Assembléia Geral, é bicameral, na linha da tradição inglesa e da recomendação de MONTESQUIEU, dividido em Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores (art. 13).

Entre suas atribuições inscreve-se a de *"eleger, reunidas ambas as câmaras, o Presidente da República"* (art. 14, 1º).

Na competência da Câmara de Deputados estava a de acusar, perante o Senado, o Presidente da República, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, membros de ambas as Câmaras e do Tribunal Supremo de Justiça pelos delitos mais graves, entre eles os de traição, violação da Constituição e das leis, dissipação dos bens públicos, peita, suborno e concussão por tudo quanto obrassem contra a liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos e por quaisquer outros crimes que merecessem pena infamante ou de morte (art. 22). Era direta a eleição dos deputados (1 por 6 mil almas), devendo seu número ser de 24 enquanto se não formasse o cadastro geral. O Senado é composto por senadores em número igual ao da metade dos membros da Câmara dos Deputados (art. 27). Os senadores

eram divididos em três classes, e cada classe constará de um terço do número total. Os de primeira classe tinham seu mandato limitado a 4, os da segunda a 8 e os da terceira a 12 anos. Reunido o Senado, a sorte designaria quais os da 1ª, 2ª e 3ª classe. Dava-se, assim, a renovação quatrienal do terço do Senado, mediante eleição indireta. Os senadores da 1ª e da 2ª classe eram eleitos mediante lista tríplice elaborada pela Câmara de Deputados e encaminhada ao Presidente da República, que escolhia o terço do número total de nomes constantes da lista (art. 33). A reforma do terço de senadores, que comporiam a 3ª classe, em assembléias distritais, seria feita pelo povo, mas igualmente em eleição indireta (art. 34 e 89). Os deputados eram eleitos por votação direta (art. 89). Resguardava-se aos deputados e senadores a inviolabilidade parlamentar pelas opiniões manifestadas nos discursos e nos debates, no exercício das suas funções (art. 64).

O Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República, cujo mandato limitava-se a 4 anos (art. 101). Era de 3 o número máximo dos Ministros. Estes eram responsáveis pelos decretos ou ordens que assinarem. *"A ordem do Presidente da República, verbal ou por escrito, não os salva da responsabilidade"* (art. 115).

Órgão do Poder Executivo era também o Conselho de Estado, que o Império do Brasil extinguira pelo Ato Adicional de 12 de Agosto de 1934 (art. 32), mas que mais tarde voltaria a existir. Os conselheiros de Estado eram eleitos por eleição indireta do povo, da qual resultava uma lista tríplice, com base na qual o Presidente escolheria o terço na totalidade da lista. O mandato dos conselheiros de Estado era de 4 anos, com possibilidade de reeleição (art. 123).

O Poder Judiciário seria exercido por tribunais, juízes e jurados, nos casos e pelos modos que as leis determinassem (art. 147).

Os membros do Supremo Tribunal de Justiça seriam nomeados pelo Poder Executivo, com aprovação do Senado, do mesmo modo como os demais juízes (arts. 151, 157 e 161). O Supremo Tribunal de Justiça funcionaria na capital da República. Além dele haveria, na Capital da República e nas cidades e vilas onde fosse conveniente, um ou mais tribunais de apelações para julgar as causas em segunda e última instância.

Os juízes de paz seriam eleitos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegeriam os vereadores das câmaras municipais (art. 164). Sua função era *"a de conciliar as partes nos pleitos que quiserem iniciar"* (art. 165).

Os magistrados e juízes não seriam destituídos de seus empregos senão por sentença, mas podiam ser mudados de uns para outros lugares, na forma da lei (art. 177).

Referentemente à administração dos municípios seria ela confiada a um agente imediato do Poder Executivo, com o título de Diretor, a que nos Distritos se subordinavam intendentes (art. 182). Suas atribuições seriam fixadas em decreto do Presidente da República. O sistema, por centralizador, implicava um retrocesso, se comparado com o da Constituição Imperial do Brasil, que confiava o governo econômico e municipal das cidades e vilas a câmaras de vereadores eleitos pelo povo (artigo 167).

As câmaras municipais seriam *"corporações meramente administrativas, sem jurisdição alguma contenciosa"* (art. 186).

Por último, a parte pertinente às "Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Rio-grandenses" é praticamente repetição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ou, mais aproximadamente, do Título 8º da Constituição Brasileira de 1824.

Ali estão o princípio da isonomia, na sua formulação rousseauniana; o princípio da reserva legal, extraído do pensamento de HOBBES, assim como a idéia de irretroatividade das leis, que já aparece em CÍCERO, mas foi reforçada por HOBBES; a igualdade de acesso aos cargos públicos, que é um desdobramento do princípio maior da isonomia; a liberdade de expressão e de comércio; o direito de petição; as garantias contra a prisão arbitrária e os maus tratos nas prisões. Declarava, neste particular: *"Em nenhum caso se permitirá que as prisões sirvam de tormento: elas serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas salas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes"*. Vê-se por aí quanto evoluímos... O direito de propriedade era sagrado e inviolável, mas admitia-se a desapropriação, mediante prévia indenização. E havia, até, no final, pequeno elenco de direitos sociais e culturais, de caráter programático, copiado da Constituição Brasileira e que assegurava aos cidadãos os socorros públicos, a instrução primária e gratuita a todos, bem como colégios, academias e universidades, onde se ensinem as ciências, belas letras e artes (art. 228).

7. No conjunto, a característica conservadora e liberal, de manutenção do *status quo*, preponderou amplamente sobre o componente democrático, quase sempre enfraquecido pelo recurso à eleição indireta. Não nos parece, como pareceu a MOACYR FLORES, no seu "Modelo Político dos Farrapos", que liberalismo e democracia sejam idéias opostas no século XIX. Pelo menos não eram, se tomadas abstratamente, como também não eram para os integrantes das camadas economicamente menos favorecidas da população. Para eles liberalismo e democracia nada tinham e nada têm de antinômico. Proteção contra o Estado e participação do Estado, são tendências que se completam. O que sucede é que as classes mais favorecidas economicamente é que querem manter o poder, não lhes interessando desimpedir os caminhos que ampliam o acesso à participação democrática. Pode-se ser liberal e democrata, como também se pode ser liberal sem ser democrata. Tudo dependerá do grau em que cada um se encontra na escala de poder dentro da sociedade e do Estado.

Os Revolucionários de 1835 eram acentuadamente liberais e só muito discretamente democratas. Interessados na manutenção da sua situação econômica e social foram à insurreição porque estavam desagradados com o tratamento que o Poder Central dispensava à Província, o que os afetava nos seus negócios e no seu patrimônio. Sob esta luz os homens de 35 fixaram mais na tela da história o gesto romântico do heroísmo e da rebeldia, a altivez da atitude, o desassombro nos combates, a coragem e a pertinácia com que, por toda uma década, defenderam encarniçadamente suas convicções, do que propriamente a grandeza e o poder transformador das idéias que o motivaram.

Por isso é que nós, transcorridos 150 anos, os reverenciamos.