

DOCTRINA

## Duas Constituições - a brasileira e a norte-americana

REGINALDO NUNES.

O hábito de apelarmos sempre, em assuntos constitucionais, para o precedente americano (muitas vezes, diga-se de passagem, de forma deliberadamente deturpada, para justificarmos nossas aberrações democráticas) tem-nos levado a dar equivalente amplitude às duas Constituições, à de lá e à de cá, sem atendermos ao elemento histórico que as distingue.

A Constituição americana teve por fim dar corpo a um Estado feito de vários Estados independentes, aparando-lhes a soberania, só e até onde necessário fôsse à organização política da Confederação. No Brasil, ao contrário disso, a primeira Constituição republicana teve por escopo dar autonomia a Estados que a não tinham. Lá, o movimento de formação foi centrípeto. Aqui, ao contrário, foi centrífugo.

Por isso, se é certo que nos E. U. A. os poderes não retidos pelos Estados, ou a êles vedados pela Constituição, entendem-se conferidos à União, aqui já o preceito não pode prevalecer com a mesma autoridade histórica, porque os nossos Estados se constituíram por outorga da nação, estando o limite dos seus poderes balizados pelos termos da Carta que os conferiu.

A outorga nos E. U. A. foi dos Estados para a União. No Brasil, foi da União para os Estados. Donde a presunção legítima deve ser a inversa da que lá prevalece, isto é, a de que se considera como retida pela União qualquer prerrogativa não expressa, ou implicitamente conferida aos Estados.

A Constituição de 1946 preferiu dizer isto mesmo, porém, na ordem inversa, a saber que: — “aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição” (art. 18, § 1.º).

Apesar do termo “reservam” dar a impressão do contrário, o que ressalta do inciso, porém, é que não são os Estados que se reservam, a si mesmos, tais poderes, mas a Constituição que lhes reserva a êles. “Aos Estados se reservam”, diz o texto e não “os Estados se reservam...”.

E' manifesta a impropriedade do verbo “reservar”, para traduzir a idéia de “outorga” ou “cessão”. Contudo, o sentido em que êle está ali empregado éêesse.

Neste particular, o art. 65 da Constituição de 91, o art. 7.º da de 34 e o art. 21 da de 37, usavam locuções mais condizentes com a natureza concessiva do ato institucional.

No caso da recente Carta política do Rio Grande do Sul, vimos condenado (e a nosso ver muito acertadamente) o dispositivo que sujeitava a nomeação do secretariado à aprovação da Assembléia, dando ares parlamentaristas ao sistema presidencial adotado pela União.

Ora, se nos Estados americanos isto é possível, a razão está exatamente naquele elemento histórico, da direção da outorga de poderes e na regra de que a Constituição ali só retirou dos Estados, aquêles poderes julgados estritamente necessários à formação nacional.

Por isso, há na América Estados em que o secretariado é eleito e outros onde os juizes também o são, servindo, ademais, por tempo limitado, como se tratasse de um verdadeiro mandato popular.

Entre nós, isto nunca poderia ser possível, porque o Poder Judiciário possui garantias gerais, que nenhum Estado está habilitado a dispensar.

No Brasil, temos uma só lei civil, penal e processual, uma só lei eleitoral e um só sistema de voto. Na América, devido à ação daquele princípio diretor, vários são os direitos civis, penais, processuais e eleitorais, disciplinando, além disso, cada Estado o seu sistema de sufrágio e as franquias eleitorais, guardados, apenas, quanto a estas, os preceitos das emendas 15.<sup>a</sup> e 19.<sup>a</sup>, que não permitem que o direito de voto possa ser negado ou cerceado, por motivo de raça, côr, ou prévia condição servil, nem em virtude do sexo do cidadão.

Estas duas emendas, contudo, apenas servem para mostrar a existência do movimento centralizador a que acima nos referimos, tendo sido, uma, a consequência direta da guerra civil de emancipação dos escravos; outra, a consequência indireta da Grande Guerra, que acabou impondo em favor da mulher, no território político, o mesmo direito à igualdade de que ela já gozava no campo civil.

Guardados êstes preceitos, porém, e respeitadas as delimitações constantes do art. 1.º, Seção 10.<sup>a</sup>, que proíbe aos Estados entrar em aliança

ou confederação; conceder cartas de corso; cunhar moeda; emitir títulos de crédito; dar poder liberatório a qualquer meio circulante que não seja o ouro ou a prata; passar leis punitivas sem condenação judicial, retroativas, ou que prejudiquem a força obrigatória dos contratos e conferir títulos de nobreza — os Estados organizam-se, inclusive eleitoralmente, como entenderem, com a maior autonomia, dando ao direito de sufrágio a amplitude que julgarem conveniente, inclusive estendendo-o a analfabetos e a estrangeiros, mesmo porque, pela emenda 14.<sup>a</sup>, se o direito de voto fôr recusado a qualquer habitante varão, maior de 21 anos, a representação do respectivo Estado na Câmara Federal será proporcionalmente reduzida. E, como os Estados não querem ver diminuída a sua representação federal, o sufrágio ali se torna o mais universal possível.

Sabe-se que quando a Constituição americana foi aprovada, não constava dela o "bill of rights". Alguns Estados, até, só a aprovaram com a condição de ser logo emendada para o fim de serem enunciados aquêles direitos.

Hamilton, no *Federalista*, achava isto desnecessário, uma vez que a constituição já mencionava o *impeachment*, o *habeas-corpus*, o julgamento pelo júri e vedava a expedição de leis retroativas e de títulos de nobreza. Para que mais, dizia êle, se com isso tudo que é fundamental está garantido?

Mas, o *bill of rights* veio e com tal presteza (1791), que as dez primeiras emendas que lhe deram corpo, ficaram como que constituindo, no dizer de Bryce, um simples *post-scriptum* do texto aprovado.

Qual a extensão, porém, dêesses direitos e garantias, no entender dos constitucionalistas da época? A que órgãos se dirigiam seus mandamentos? A' União e aos Estados? Não. A' União simplesmente. O pensamento orientador era o de que o povo de cada Estado conservava politicamente a faculdade de se precaver contra todos os atentados do governo e do seu Estado, através da sua própria constituição, estatuinto nela as garantias que julgasse convenientes. As mencionadas na constituição federal eram, apenas, defesas opostas pelo povo dos Estados aos agravos possíveis da União.

No Brasil, não seria admissível a uma constituição estadual desconhecer um direito ou garantia estatuído na constituição federal, porque às constituições dos Estados só fica regular o que aquela lhes deixa, a saber, o acessório ou supletivo, nunca o fundamental. Por isso, pouquíssima coisa podem apresentar de novidade, limitando-se quase sempre a uma cópia mais ou menos fiel do seu paradigma.

Uma decisão, enunciada por Marshall, como Presidente da Suprema Côrte, no caso *Barros V. Baltimore*, em 1833, assim define o alcance constitucional do *bill of rights*:

"A Constituição foi disposta e estabelecida pelo povo dos Estados Unidos para os seus respectivos cidadãos, para o seu respectivo governo e não para o governo dos Estados individuais. Cada

Estado estabeleceu para si próprio uma constituição, e essa constituição prescreveu tantas limitações e restrições aos poderes do seu governo, quantas lhe ditou o seu discernimento.

Se os povos dos diversos Estados, ou de alguns dêes, houvessem exigido mudanças em suas constituições e garantias adicionais, para livrá-lo de temerosas usurpações de seus respectivos governos, o remédio estaria em suas próprias mãos. Uma convenção teria sido convocada e reunida pelo Estado descontente e as reformas exigidas teriam sido por ela praticadas".

Ou, em outras palavras, diz Hughes, as dez emendas constitucionais do *bill of rights* não tinham aplicação aos Estados, mas sômente à União.

Só assim poderia dizer-se que a emenda 5.<sup>a</sup> da constituição, segundo a qual a propriedade particular não será expropriada por utilidade pública sem justa indenização, não obrigava os Estados mas a União sômente, como disse a Suprema Côrte pela voz autorizada de Marshall, na decisão supra referida, de 1833.

Era isso, nos Estados Unidos, uma consequência da autonomia administrativa, legislativa e mesmo constitucional dos Estados americanos, que os Estados do Brasil não possuem.

A tendência, porém, como dissemos, é ali para centralização discreta, mas evidente, desde os primeiros dias da República até hoje, ao contrário do que se tem verificado no Brasil, que luta pela sua maior autonomia local sem contudo poderem nunca atingir os seus Estados a autonomia multiforme dos Estados americanos.

Prova da orientação centralizadora, ainda nos traz a emenda 14.<sup>a</sup>, de 1868, ao prescrever:

"Todo indivíduo nascido nos E. U. A., ou naturalizado neste país, é sujeito à sua jurisdição, é cidadão dos E. U. A. e do Estado onde tiver sua residência. Nenhum Estado poderá passar ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos E. U. A., nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou haveres, sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção uniforme das leis".

Esta emenda foi sugerida para proteção do negro emancipado e constituiu, evidentemente, um dispositivo extensivo das garantias constitucionais a todos os cidadãos, de todos os Estados da América.

Assim, podemos dizer que cada convulsão que tem abalado os E. U. A., desde o berço, a partir da própria guerra da Independência, passando pela Secessão, até as duas grandes mundiais, só têm feito tornar a Nação cada vez mais unificada pela expansão do poder central. Se ela nasceu como uma Confederação de Estados, hoje já constitui francamente uma Federação, mas uma federação de franquias locais muitíssimo mais amplas que as da federação brasileira.

O mesmo não se tem dado com o Império Britânico para o qual as guerras têm constituído motivo de agitações separatistas e de pruridos de independência. A razão da diversidade é, porém,

no fundo, de natureza psicológica, desde que a justificação mais ou menos declarada do sistema da Commonwealth britânica, é o elevar os povos para a maioridade, através de uma série gradativa de etapas ascendentes de capacidades políticas. Nada mais natural que a emancipação seja o ideal constantemente presente dos povos sujeitos a semelhante regime, e constitua o fanal de sua aspiração. Nos E. U. A., pelo contrário, o sentido político da União recém-formada era diverso, a saber, o da constituição de uma união indissolúvel tendente a ser apertada cada vez mais com o decurso do tempo. Um consórcio para a eternidade.

Não só com estes exemplos, mais ainda com alguns outros, poderíamos corroborar a tese de que a evolução americana se faz claramente no sentido da centralização, nunca se devendo, porém, perder de vista que isso mesmo só se vai alcançando com a anuência dos Estados componentes, únicas células federativas com direitos políticos originários capazes de serem acrescentados à União.

Ao invocarmos, pois, o precedente americano, em qualquer assunto, a condição primeira será sempre verificar se êle se adapta à nossa formação, histórica e politicamente considerada.

## *O crime de abandono de cargo público*

OLIVEIRA E SILVA

(Juiz de Direito no Distrito Federal)

**N**ÃO é nova a figura jurídica do art. 323 do Código Penal, referente ao abandono de cargo público, fora dos casos permitidos em lei, variando as penas conforme as suas modalidades.

Há o abandono simples do cargo. Aquêle de que resulta prejuízo público e, finalmente, se ocorre o fato em lugar compreendido na faixa de nossa fronteira.

O Código Penal, de 1890, considera em falta de exação no cumprimento do dever o que largar, ainda que temporariamente, o exercício do emprego, sem prévia licença de superior legítimo, ou exceder o prazo concedido, sem motivo justificado.

No crime de abandono de cargo público, todo e qualquer funcionário poderá ser responsabilizado? Para efeito penal, quem será funcionário público?

Afastando antigas controvérsias doutrinárias, o próprio Código Penal, no art. 327, define o que seja funcionário público e aquêle que se lhe equipara. Funcionário é quem exerce, em caráter permanente ou transitório, com ou sem remuneração, cargo público, mesmo em entidade paraestatal.

Curioso que, sendo responsável, penalmente, o funcionário, de ofício gratuito, não se lhe apurará, entretanto, o tempo de serviço, para nenhum efeito, na forma do art. 102 do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Observemos a primeira modalidade do delito: a do abandono simples do cargo, verificando-se a segunda se, do fato, provém prejuízo.

Não importará em dano, sempre, o abandono de função para o serviço público? Dano ou perigo? Por que distinguir um do outro? A presunção legal é a de que, sempre, ocorre prejuízo.

Sem dúvida que só se punirá o abandono voluntário, pelo agente. Sem o elemento subjetivo não há crime. Tudo o que viciar ou anular a sua vontade, no ato, importará na absolvição do acusado.

Muita vez, há um prazo de férias ou licença, ultrapassado pela impossibilidade do funcionário de, à distância, regressar à sede do serviço, por falta de transporte ou doença.

Certa vez, decidindo o caso de um guarda civil, de abandono de emprego, por ter aceitado cargo de remuneração melhor, o Tribunal de Justiça de S. Paulo, em Acórdão de 15 de maio de 1947, não acolhe a defesa que alegara só existir delito se o réu, em vez de abandonar o cargo, abandonasse o posto. Considera que a lei não cogita de abandono de posto, e, ainda, que a punição sofrida, no processo administrativo, não o isenta da pena criminal.

O nosso Código regula, finalmente, o abandono de função em faixa de fronteira. Decretado a 7 de dezembro de 1940, situa-se no âmbito da Constituição Federal de 1937, que, no seu art. 165, define tal faixa como de cento e cinquenta quilômetros ao longo das fronteiras, onde nenhuma concessão de terras pode efetuar-se, sem audiência do Conselho Superior de Segurança Nacional.

Claro que todo o serviço, em tal zona, assume relevância para o país, havendo dano efetivo com o seu abandono voluntário.

A Constituição Federal, de 1946, relega, à lei ordinária, a especificação do que sejam as zonas indispensáveis à defesa nacional, assim como a sua utilização (art. 180 § 1.º), ainda a organização, competência e funcionamento do Conselho de Segurança Nacional, órgão criado para a solução