

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

Viabilidade jurídica para sua convocação?

CLÓVIS DE SOUTO GOULART
PROFESSOR DO CPGD/UFSC

“La monarchie civilisée recoit dono des bornes de l’ordre juridique commun. La situation du monarque en grandit, car il est plus noble d’être le chef d’hommes libres que d’esclaves; de rassembler et de diriger des forces politiques, que de conduire une stupide obéissance”. Bluntschli.

O pensamento do sistematizador da Teoria Geral do Estado, trazido a lume, no fim do século passado, em excelente obra, traduzida do alemão para o francês por M. Armand Riedmatten, reveste-se de uma atualidade inquestionável e se aplica, também, às repúblicas.

Infelizmente, a lição, por desconhecimento ou desprezo, ainda não sensibilizou todos os chefes de Estado do mundo contemporâneo. Em todos os continentes, presenciamos a existência de monarquias e repúblicas cuja marca característica é o autoritarismo, o regime despótico, onde o chefe do Estado, coroado ou não, geralmente com o apoio de minorias privilegiadas, submete a nação aos seus caprichos, a sua sede de poder incontestável, absoluto, fazendo do Direito o instrumento de opressão a que todos deverão subjugar-se em “stupide obéissance”. É a materialização da idéia de Direito do Estado, ou do Direito do chefe do Estado, ou ainda, do Poder do Soberano, em oposição à tese do

Estado de Direito, do Estado limitado pelo Direito.

Esquecem-se os autocratas de que o Direito, mesmo positivado, sob pena de ilegitimidade, não poderá afastar-se dos ideais de justiça imperantes na consciência do grupo sobre o qual atua.

Assim, as limitações que o Direito impõe ao poder estatal são naturais e não cumprem outro objetivo, senão o de garantir o exercício das liberdades públicas e o fortalecimento da consciência grupal que, em última análise, deverá refletir-se na estrutura político-jurídica do Estado, entidade representativa e necessária da organização social.

A idéia de que a consciência grupal tem influência decisiva na formação da estrutura político-jurídica da sociedade organizada remonta à Antiguidade. Mas, não apenas isto: já àquela época, reconhecia-se, como reconheceu Aristóteles, a distinção entre as leis estruturais, que os franceses, mais tarde, chamaram de leis fundamentais do Reino e as demais leis, isto é, as leis ordinárias.

As primeiras, por traçarem a organização política da sociedade e a estrutura do governo, eram superiores às outras, havendo mesmo, na França medieval, entre os “legistas” quem ensinasse que massas leis fundamentais só poderiam ser alteradas por processo especial, que consistia em deliberação tomada em reunião dos Estados Gerais: — Clero, Nobreza e Povo.

Entretanto, na Antiguidade, ou mesmo no Medievo, não encontramos, entre os autores dedicados à Ciência Política, nenhuma referência a um poder próprio, específico, por força do qual fossem estabelecidas as leis fundamentais.

A idéia de que os grupos humanos, para se organizarem politicamente, são titulares de um poder especial e de que, no uso desse poder, estabelecem o estatuto básico da sociedade ou as normas fundamentais reguladoras da convivência político-social e da estrutura e dinâmica do ente diretor — o governo — surgiu, de forma sistematizada, com a doutrina do Poder Constituinte, exposta pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès, no final do século XVIII, no livro intitulado “Qu’est-cè que le tiers état”?

Como não é nosso propósito, nem oportuno aqui, dissertarmos sobre a teoria de Sieyès, limitar-nos-emos à declinação do que poderíamos chamar de suas principais premissas, que podem ser assim sintetizadas:

- O titular do poder Constituinte é a nação.
- O Poder Constituinte cria e instala a Constituição; criando-a, dá origem e legitimidade aos poderes destinados a proteger e viabilizar os interesses e aspirações da comunidade nacional.
- Os poderes, assim constituídos, não poderão, em sua atuação, ultrapassar os limites da delegação que lhes conferiu o Poder Constituinte.
- O Poder Constituinte não desaparece com a realização de sua obra: — a Constituição; ele permanece em seu titular que poderá alterar ou mudar a Constituição sempre que julgar necessário.
- O Poder Constituinte é ilimitado porque a nação, existindo antes de tudo, pode tudo; sua vontade é sempre legal; “antes dela e acima dela somente existe o direito natural”.

Depois de Sieyès, constitucionalistas e cientistas políticos de renome formularam teorias sobre o Poder Constituinte, merecendo destaque, pela repercussão que suas idéias conquistaram entre estudiosos do Direito Público e estadistas da atualidade, Maurice Hauriou, autor da teoria do Poder Constituinte Fundacional-Revolucionário e Carl Schmitt que lançou o conceito Existencial-Decisionista do Poder Constituinte.

A originalidade da teoria schmittiana, sobre o Poder Constituinte e sobre a própria Constituição consiste, fundamentalmente, na ênfase que o autor dá à vontade popular. Para ele, a vontade constituinte do povo é imediata, anterior e superior a todo e qualquer procedimento de legislação constitucional.

Numa posição doutrinária frontalmente antagônica à tese de Kelsen relativa à matéria, advoga a legitimidade da Constituição, no processo de sua elaboração e promulgação, sem condicioná-la à observância de leis constitucionais antes vigentes.

Julga inconcebível que uma nova decisão política fundamental possa subordinar-se a uma constituição anterior e, de alguma maneira, dela seja dependente, em substância ou forma.

Em sentença que não deixa margem a dúvidas sobre seu pensamento, assevera: “Toda constituição vigente é constitucional; uma norma não pode legitimar-se por si mesma; sua validade se apóia na vontade existencial de quem a emite”.

A teoria de Schmitt que, em sua pureza originária, revelada na obra “Teoria da Constituição”, já está marcada por acentuada dose

de autoritarismo, teve sua versão mais exaltada quando o autor, ostensivamente, assumiu compromisso com o nacional-socialismo, com o lançamento da “ordem concreta”, em função do que propõe a substituição da vontade popular pela decisão do Führer. Mura ele, concretamente, a idéia de ordenação e estruturação vai buscar seu fundamento no “princípio do condutor” que coloca a vontade do Führer como fonte suprema do Direito e da qual, com vínculo de subordinação, dependem as ordens concretas que compõem o sistema.

Na formulação de seu conceito Fundacional-Revolucionário, Maurice Hauriou, sem muito se afastar da teoria clássica do Poder Constituinte exposta por Sieyès, elege, por ponto de partida, a afirmação da superlegalidade constitucional. Essa superlegalidade transcende o império da constituição escrita para alcançar todos os princípios fundamentais que determinam e orientam a operação constituinte. A nação é titular de um direito que lhe é imanente e, por isso, anterior e superior ao direito nascido da atividade estatal; é a prevalência do social sobre o político, a precedência do poder originário sobre o reformador ou derivado.

Enquanto o processo sócio-político fluírem conformidade com o plano constitucional, isto é, normalmente, vigerá o direito do Estado que a Nação delegou através da Constituição. Nessa delegação de direitos ou de poder, inclui-se o de reformar o texto constitucional, nos limites e condições estabelecidos no ato delegatório.

Entretanto, nos períodos de anormalidade, a Nação se rein-veste do Poder Constituinte originário, que se mantinha latente, mas vivo, e deflagra uma ação oponente ao arbítrio estatal.

Configura-se, assim, o processo revolucionário que culmina com a reordenação do Estado, com o surgimento de um novo direito, consubstanciado em nova constituição.

Há, segundo o pensamento de Maurice Hauriou, na vida dos grupos sociais, dois momentos em que o Poder Constituinte originário opera, dando causa ao surgimento de constituição: o momento da organização político-jurídica de um povo ou nação que, por meios pacíficos ou não, conquista a condição de Estado soberano e aquele em que, num Estado preexistente, por ruptura dn ordem constitucional vigente, ou seja, através da revolução, a

nação decide reorganizar a sociedade política e estabelece novo pacto social, revitalizando o Direito.

Esses dois momentos dão significado e propriedade à expressão “Fundacional-Revolucionário” com que Jorge Vanossi adjetiva o conceito de Poder Constituinte do renomado constitucionalista francês.

A história político-constitucional do Estado brasileiro exemplifica a aplicação concreta desse conceito, emprestando-lhe Consistência e veracidade. Com efeito, com o movimento revolucionário de 1889, iniciou-se um processo de repetidas rupturas da ordem constitucional, dando causa ao surgimento de sucessivas constituições. Pelo menos, em três instantes, revelou-se, com plena caracterização, o Poder Constituinte originário quanto ao seu aspecto revolucionário: em 1891, 1934 e 1946, instantes estes em que a Nação, utilizando-se do poder de que é único titular, e pela forma ds exclusiva legitimidade — a da Assembléia Nacional Constituinte — reorganizou o Estado, dando, a si mesma, novas cartas constitu-cionais.

O movimento revolucionário de março de 1964, mais uma vez, determinou a ruptura da ordem constitucional. Três anos após, passou a vigorar no Brasil uma nova constituição, elaborada e votada por um processo singularíssimo em que a participação do Congresso Nacional serviu apenas para, de alguma maneira, miti-gar a outorga do governo revolucionário.

A verdade é que não foi reconhecido à Nação o direito de se reconstitucionalizar.

Em 1969, sobreveio nova ruptura com a outorga da Emenda Constitucional *n*º. 1 que, para alguns constitucionalistas pátrios, com expressivo teor de razão, tem, seja pela matéria de fundo que ela estabelece, seja, principalmente, pela natureza do processo que lhe deu vigência, o caráter de nova constituição.

Estamos, assim, diante do seguinte quadro: há duas décadas, a Carta Constitucional elaborada e votada legitimamente pela Nação, no uso do Poder Constituinte originário, foi revogada por um movimento revolucionário.

O Estado brasileiro, sua estrutura, a organização e competência de seus órgãos, os direitos civis, enfim, toda a composição e dinâmica da vida sócio-política da Nação passaram a ser reguladas

por um conjunto de normas fundamentais codificadas na Carta de 1967, com as alterações decorrentes de mais de vinte emendas, dentre as quais tem assinalado destaque e Emenda n^o 1, de 1969. Vivemos, portanto, sem Constituição, pelo menos sob uma acepção mais rigorosa, tendo em vista o conceito doutrinário dominante sobre a origem das constituições democráticas.

O estatuto político vigente no Brasil, por isso, sofre o repúdio de segmentos representativos da Nação, que propugnam por uma nova constituição, elaborada pela via natural e legítima que é a da convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

Sob a alegação de que a Carta atual, além de ainda guardar preceitos manifestamente autoritários, encontra-se eivada de casuísmos espúrios, introduzidos por emendas que se sucedem ao sabor dos interesses do Governo, chamam-na, pejorativamente, de “colcha de retalhos”.

Embora se compreenda o sentido que se pretende dar à metáfora, não nos parece seja ela muito apropriada para estigmatizar nossa Constituição. Afinal, dependendo da consistência do “tecido” de que são feitos os retalhos, da harmonização de suas formas no conjunto e da “linha” com que sejam “costurados”, poderá, uma boa constituição, comparar-se a uma colcha de retalhos, por bom “agasalhar” todo o corpo social...

Mas, relativamente a este anseio da Nação, de que tenhamos, o mais breve possível, a Assembléia Nacional Constituinte, defrontamo-nos com um sério problema jurídico-constitucional que se resume na seguinte interrogação: Quem hoje, no Brasil, possui competência legal para convocar a Assembléia Nacional Constituinte? Para o erudito mestre do Direito Constitucional, Afonso Arinos de Melo Franco, consoante pronunciamento feito em entrevista que concedeu à televisão, a convocação dar-se-ia através de resolução do Congresso Nacional.

Em que pese o respeito de que é credor tão ilustre personalidade, sua proposição não poderá prosperar por indefensável. Não conseguirá, o Poder Legislativo, sem deflagrar um processo revolucionário, investir-se no Poder Constituinte originário, pelo fato de, para tal, não existir previsão constitucional, equivalendo dizer, não há delegação de poderes da Nação.

Outra alternativa ou fórmula, propiciadora da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, segundo alguns políticos, seria a da inserção, no texto constitucional, de emenda que previsse o aludido evento, inclusive com estipulação de prazo para sua concretização. De todas as formas imagináveis, esta é, sem dúvida, a mais inusitada, teratológica até, para a convocação do órgão constituinte supremo. Toda constituição, como lei fundamental que é, tem, entre outras características, a da perenidade. Em nome da perenidade, as constituições são geralmente rígidas e, por isso prescrevem processos especiais, quase solenes, para abrigarem as alterações que lhes forem propostas. Ora, uma alteração que tivesse por objeto a convocação da Assembléia Constituinte, equivaleria à sentença de morte da própria constituição, ao chamamento do Poder Constituinte originário pelo poder de revisão, à destruição, por este, da obra que aquele construiu. Decididamente, é inadmissível optar-se por alternativa dessa espécie, pelas contradições e injurisdicidade de que está eivada.

Uma terceira hipótese para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte que, como as outras já declinadas, conta com apoio em certos círculos políticos, define-se na expedição de um ato do Chefe do Poder Executivo. Esta hipótese, no plano jurídico-constitucional, não encontra melhor sorte do que tem aquela que elege a resolução do Congresso para solucionar o problema. Contra ela, labora a mesma dificuldade, o mesmo obstáculo: — a falta de competência legal que viabilize o ato, legitimando-o.

Então, chega-se à necessária conclusão de que, nos períodos de normalidade constitucional, inexistente a viabilidade jurídica para convocação da Assembléia Nacional Constituinte. A Constituição poderá ser alterada sim, porém nos limites e na forma que ela própria estabelecer. É o Poder Constituinte originário disciplinando, na obra de sua criação, as condições de atuação do Poder Constituinte derivado. A este propósito, cabe assinalar que haverá ruptura da ordem constitucional, revolução portanto, sempre que a Constituição for modificada através de processo por ela não previsto.

Destarte, no caso brasileiro, se o objetivo se traduzir na alteração da Constituição vigente, porém com resguardo da normalidade constitucional, esta alteração só poderá ocorrer mediante o exercício do poder de revisão que, por ser derivado, fica sujeito às

limitações prescritas no próprio texto sobre o qual irá atuar.

Entretanto, ao que denominamos de inviabilidade jurídica para convocação da Assembléia Nacional Constituinte, opõe-se e, parece, impõe-se a necessidade sócio-política de uma Carta constitucional que melhor responda aos anseios e reivindicações nacionais.

Está colocado o impasse? Cremos que não.

Não vemos qualquer obstáculo ao atendimento dessa necessidade pela via do Poder Constituinte derivado ou poder de revisão.

As limitações materiais expressas, que a Constituição Brasileira em vigor colocou à obra revisora, não vão além da preservação da república e da federação. Dir-se-á, em contraposição, que as limitações materiais não se esgotam fio que estiver explícito; que há, nas constituições democráticas, outros preceitos que, por sua relevância, por representarem verdadeiras conquistas dos povos, não podem ser subtraídos ou minimizados no processo de revisão constitucional. São as limitações implícitas, vistas e defendidas por muitos constitucionalistas.

Com isto, concordamos plenamente e até advogamos a tese de que algumas dessas limitações implícitas, opostas ao Poder Constituinte derivado, deveriam figurar expressamente nos textos constitucionais. À guisa de exemplo, mencionamos a constituição da República Federal da Alemanha que, inclui, entre as limitações materiais expressas, por intocáveis, os direitos e garantias constitucionais.

Outras constituições ampliam significativamente as limitações materiais expressas, como é o caso da Carta portuguesa, de 2 de abril de 1976 que, no artigo 290, declina nada menos que quinze itens que ficam a salvo de alteração pelo poder revisor.

Nada obstante a procedência da argumentação ora referida, a verdade é que poderá, o Congresso Nacional brasileiro, no uso da delegação de poderes que lhe conferiu o Poder Constituinte originário, proceder a uma profunda reforma constitucional, em função do que poderão ser modificados, supressos ou acrescentados preceptivos inúmeros sobre matérias da mais simples à mais importante como, por exemplo, a organização e competência dos poderes, sistema tributário, processos de investidura, sistema eleitoral, enfim, o próprio regime político.

Reforma constitucional de tal envergadura, entretanto, para ser eficaz e, principalmente, para encontrar receptividade no seio da comunidade nacional, não poderá ter sua elaboração orientada por interesses de grupos ou de partidos políticos e sem a efetiva participação de importantes segmentos da sociedade civil. Ao contrário, ainda sob a forma de anteprojeto, poderia ser elaborada por comissão especial, integrada por parlamentares de todos os partidos políticos representados no Congresso. Esse anteprojeto teria a mais ampla divulgação através de todos os meios de comunicação disponíveis. Fixar-se-ia, para essa divulgação, suficiente espaço de tempo que propiciasse a mais ampla discussão do documento e a produção de propostas e sugestões oriundas de setores e instituições civis importantes, com destaque para as universidades e associações de classe.

Refundido o anteprojeto, com base nas contribuições mais valiosas que a mencionada comissão especial pudesse receber, então, já sob a forma de projeto, a matéria passaria à discussão e deliberação nas casas do Congresso, observado o rito próprio previsto na Constituição.

A aprovação do projeto de revisão constitucional poderia, inclusive, culminar com a submissão do documento a referendo popular. Com isso, a Carta Fundamental, assim reformada, ganharia em prestígio e, em certa medida, recuperaria a legitimidade que, decididamente, perdeu com a outorga da Emenda Constitucional n.º. 1, de 1969.

Cumpre, aqui, deixar claro que não temos a pretensão de estarmos oferecendo a exata receita para a reconstitucionalização do Estado brasileiro, sem que se produza a ruptura da ordem constitucional vigente. Nosso propósito não vai além de demonstrar que isto é possível. Sua exequibilidade dependerá, exclusivamente, da determinação do Congresso Nacional, de sua disposição em, no exercício dos poderes e da competência que a Constituição lhe assegura, produzir a reforma constitucional que a Nação quer e, ansiosamente, espera.