

Dizem alguns, da Constituinte, que ela é um poder derivado e, pois, subordinado ao texto constitucional vigente.

As citações de doutrinadores que fazem são impróprias e despropositadas. De todo modo, suscitem interessantes e desafiadoras indagações.

Dizer que o mandato presidencial atual é irredutível, que há direito adquirido ao mandato atual, ou que a Constituinte não pode fazer isto ou aquilo é fazer sociologia, jornalismo ou politologia: jamais ciência jurídica.

Sustentar que a Constituinte está reunida por força de emenda à atual carta constitucional é formular proposição de valor histórico ou sociológico, jamais jurídico. Não é difícil mostrar que só um fato político inegável dá plena legitimidade à Constituinte: o voto popular.

Para reconhecê-lo, basta a afeição dos estudos constitucionalistas e meditação sobre o direito constitucional, como ciência, que tem seus métodos, categorias, princípios e técnicas interpretativas próprias.

Deveras, o que fez Constituinte a Assembléia ora reunida foi o voto popular, nas eleições do dia 15 de novembro de 1986. O eleitor compareceu às urnas com o intento claro de conferir aos escolhidos poderes constituintes. E o fez sem restrições (que, aliás, não se presumem). Os eleitos receberam nitida, pura e legítima delegação. Disso se vê que todos os requisitos e condições para rigorosa configuração do instituto do mandato político foram presentes, tornando a investidura inquestionável. Titular da soberania, o povo, não podendo "apresentar-se" na função constituinte, delegou aos seus escolhidos o poder de "representá-lo" (Lourival Vila-Nova).

Parêce equivocado dizer que essas eleições foram condicionadas pela emenda 26/85, para deduzir o raciocínio de que tanto os seus termos como os da carta constitucional emendada subordinam a Assembléia Constituinte. Medir a amplitude jurídica da Constituinte pelo texto atual ou pela emenda 26

é incidir em insolúvel círculo vicioso.

Essa afirmação põe a questão do ato convocatório da convenção Constituinte, tema tratado pela doutrina. É problema epistemológico das relações entre a sociologia e o direito.

A convocação de uma Constituinte é ato político e não jurídico. Para isso não há regras jurídicas.

Uma Constituinte pode ser convocada por decreto executivo, por lei, por emenda constitucional, por proclamação ou pregação revolucionária. Enfim, por qualquer ato de qualquer órgão ou pessoa. Em todos os casos, o único requisito que deve ter o ato convocatório é a eficácia (segundo Zanobini, "eficácia é a atual e objetiva produção de efeitos próprios de um ato"). Ora, se qualquer dos atos mencionados tiver o efeito de levar o povo às urnas, para eleger constituinte, será eficaz e, pois, apto a gerar os efeitos a que se propôs. Se não produzir tal efeito, será ineficaz, seja qual for a forma assumida.

O critério de avaliação jurídica do ato convocatório não está na ordem jurídica anterior, mas, sim, nos seus efeitos (necessariamente posteriores). Se o efeito for a reunião da convenção, que elabore uma Constituição eficaz, ele terá sido eficaz. Se ocorrer o contrário, o ato convocatório terá sido um malogro político e um aborto jurídico (com a persistência da ordem atual). É que Constituinte só cabe onde houver ruptura jurídica, quebra da ordem jurídica existente. Só se compreende, qualifica e dimensiona a Constituinte pelo resultado de sua função: a Constituição. A Constituição é uma norma nova, absolutamente inovadora, que não repousa em nenhuma norma anterior ou superior. A Constituição nasce da Constituinte. E esta nasce do fato político: reunião de delegados do povo, escolhidos para esse fim (portanto, com poderes para estruturar um Estado). A Constituinte não surge do, não repousa no, não depende do direito; não é condicionada por nenhuma norma. Fato político, nasce de um fato político: a escolha, a investidura de

seus membros, com explícita delegação.

A diferença entre a lei constitucional e todas as demais leis está em que estas descansam naquela e a Constituição apóia-se — norma primeira que é — no fato político (sob pena de um "regressum ad infinitum"). Assim, toda norma jurídica nasce de outra norma jurídica. Só a Constituição dispensa norma anterior e superior. Se não, não é Constituição.

Por isso, o ato convocatório não é relevante para conhecer-se a Constituinte ou a Constituição. Ele é mero ato político, que produz outro ato político, ambos fora da esfera de direito. Por isso, é irrelevante que, no caso, tenha sido uma emenda constitucional. Poderia ter sido qualquer outro ato, poderia ter revestido qualquer outra forma; para convocar Constituinte não há regras jurídicas.

De tudo, pode-se facilmente concluir que o fundamento — justificção, explicação, ponto de apoio — da Constituinte ora reunida está no voto dos eleitores. Em nada mais. As razões, motivações, pretextos, alegações retóricas ou atos políticos anteriores, que tenham induzido os eleitores, não são juridicamente relevantes. A eleição dos constituintes é o fato fundante da Constituinte, que, por sua vez, será o fato fundante da nova Constituição. Levar a indagação mais para trás nada resolve. É irrelevante. Não interessa. Está fora das cogitações dos juristas. Questionar se o ato convocatório foi este ou aquele é supérfluo e impertinente. É despropositado.

Mais que isso, é ridículo. Tão descabido como questionar o ato institucional nº 1 de 1964 ou o decreto nº 1 de 1889 (que instituiu a República). Para o direito, nos dois casos, o que vale é o ato em si, o qual por sua vez, tem sua eficácia medida por seus efeitos. E, deveras, despropositado querer questionar juridicamente os fundamentos dos atos institucionais; ou da convocação das Assembléias Constituintes de 1946, ou de 1934 ou de 1891. A norma constitucional nasce, encontra fundamento e justificção no fato político. Será verdadeira

Constituição se tiver eficácia. Só. Não há outro critério para reconhecer uma Constituição. Norma bem elaborada, mas sem eficácia, não é Constituição. Norma péssima, no conteúdo e ou forma, se eficaz, será Constituição.

Assim, a discussão, nos termos propostos pelos desafetos da atual Constituinte, não pode ser levada a sério; a emenda 26/85 foi inconstitucional. O Congresso não tinha poderes para convocar uma Constituinte. Só o que podia era aprovar emendas específicas, nos termos do direito constitucional vigente. Um decreto executivo, com maior razão também não poderia fazê-lo. A Constituição vigente obriga inexoravelmente sua obediência. Se ela só prevê emendas, só emendas cabem. Daí a contradição insuperável, que cria perplexidades para o leigo, embora já plenamente resolvidas pela doutrina do direito constitucional: a convocação da Constituinte é sempre inconstitucional. A reunião de uma Constituinte é fato político, fora do universo jurídico. A nova Constituição é sempre uma ruptura da ordem jurídica. É a negação, a destruição da Constituição anterior.

A primeira jamais é fundamento da segunda. Por isso não a condiciona, não a vincula, não a peia.

Daí o equívoco de pretender-se fixar parâmetros para uma Constituinte, com base em Constituição anterior. Além do mais, a emenda 26 foi inconstitucional. Não poderia ter o teor que assumiu. Toda convocação de Constituinte é, por definição, ato de agressão à Constituição vigente.

Toda e qualquer proclamação revolucionária seria igualmente inconstitucional, como inconstitucional foram todas as convocações das constituintes, quer brasileiras, quer estrangeiras, a começar da Convenção de Filadélfia (em flagrante violação à Constituição inglesa).

Só isso já faz ver quão equivocadas são as restrições que à Constituinte se quer opor, com argumentos jurídicos.