

# Constituição e Constituinte

MIRTÔ FRAGA

Mestre em Direito Público; Assessora Parlamentar do Senado Federal; ex-Professora de Direito Constitucional, de Teoria Geral do Estado, de Ciência Política e de Direito Internacional Público em Minas Gerais; ex-Professora de Direito Internacional Público na Universidade de Brasília; ex-Assessora Jurídica do Ministro da Justiça

## SUMÁRIO

- I — Breve resumo de nossa história constitucional
- II — Conceito de Constituição
- III — Noção de soberania
- IV — Nova Constituição. Ato revolucionário. Poder constituinte
- V — Assembléia Nacional Constituinte
- VI — Convocação da Constituinte
- VII — Funcionamento da Constituinte
- VIII — Conteúdo da futura Constituição

---

Conferência pronunciada, em 7 de junho de 1985, em Divinópolis, a convite da 48ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais.

O momento histórico que vivemos nos incita à reflexão e ao estudo, à tomada de consciência, à definição de nossas necessidades e dos meios de satisfazê-las. A procura de soluções que nos dêem garantias e meios para aperfeiçoar nosso ordenamento jurídico e assegurar a ambicionada estabilidade de nossas instituições não é tarefa exclusiva dos juristas e dos políticos. A discussão sobre a espécie de sociedade em que iremos viver, sobre as bases em que se assentarão as normas que regerão a nossa vida, sobre os fundamentos das disposições que irão disciplinar a própria estrutura da sociedade política, sobre a existência de direitos inalienáveis e sobre a forma de garanti-los não deve restringir-se ao plenário dos Poderes Legislativos, ou aos laboratórios dos cientistas políticos, às salas de estudo dos juristas, ou ao arbítrio do Poder Executivo. Toda a sociedade deve participar do debate, porque estão em jogo os destinos de todos nós.

Vivemos um momento histórico sem precedentes. A crise econômica, com uma dívida externa assustadora e uma inflação de mais de 200% ao ano, somada à crise social, reflexo da ineficiência da Administração e, sobretudo, de um regime que, praticamente, aboliu a participação popular, determinou a crise generalizada que atravessamos e, mais que isso, determinou a destruição de nossas instituições políticas, a desmoralização da autoridade, a perda dos valores morais. Durante vinte e um anos, o povo permaneceu como mero espectador — salvo em raríssimas ocasiões — desinteressando-se, por completo, da coisa pública.

Mas, chegamos a um ponto tal que não era mais possível qualquer tolerância. O povo, titular do poder, foi para as ruas bradar por eleições diretas. E, inconscientemente, num reduzidíssimo espaço de tempo, mobilizou-se para reaver o poder que não detinha, embora dele titular. Com efeito, a face do Brasil mudou radicalmente em menos de um ano: do início da campanha pelas *diretas* até à eleição de Tancredo Neves no Colégio Eleitoral, com o conseqüente fim do regime militar. A insatisfação frente às constantes transformações encontrou na crise generalizada o ponto de exaustão, determinando, por conseqüência, uma **situação constituinte**, como diria Severo Gomes.

Esse momento constituinte propicia a elaboração de nova Lei Fundamental, de nova Constituição. Mas, para que a futura Constituição seja verdadeiramente legítima, deve refletir os anseios e aspirações populares. Por isso, a necessidade de debates, de estudos. É importante, ainda, lembrar situações anteriores, para que os erros do passado se convertam em lições para o futuro. Iniciemos, pois, o nosso trabalho de hoje, fazendo um ligeiro resumo da nossa história constitucional.

## I — Breve resumo de nossa história constitucional

Em nossa história constitucional, não foram raras as crises. Ao contrário, tivemos uma sucessão de golpes de Estado, fenômeno comum às sociedades políticas latino-americanas. Pode-se dizer que nascemos de um golpe de Estado, pois a Independência, ardentemente desejada, foi declarada por quem tinha, pelas leis vigentes, o dever de manter o *status* da colônia, já Reino Unido. Na verdade, muitos fatores circunstanciais tiveram um efeito multiplicador sobre os antigos e crescentes sentimentos nativistas que aqui medravam, como assinala MACIEIRA, no artigo **Constituição de 1824 — fato na História do Brasil**, publicado no nº 50 da *Revista de Informação Legislativa*. Com a presença de um príncipe da Casa Real portuguesa no Rio de Janeiro, abria-se a oportunidade histórica — diz o citado autor — para que nos tornássemos uma Nação politicamente independente. Se havia, no meio intelectual brasileiro, tendências para outra forma de Governo, a sensibilidade política e o sentimento patriótico dos nossos homens falaram mais alto e souberam, com extrema habilidade, captar a oportunidade que se lhes abria: a presença do Príncipe constituía um elemento aglutinador, permitindo, pela solução monárquica, que conquistássemos a independência sem perder a unidade.

De fato, o pensamento predominante no Brasil, ao fim do século XVII, era republicano, como se percebe, claramente, na Inconfidência Mineira e no movimento de 1794, no Rio de Janeiro, movimento que Afonso Arinos chama de Inconfidência Carioca. Na primeira, o modelo era a Constituição norte-americana, da Convenção de Filadélfia, de 1787; no segundo, a francesa de 1793. Mas, sufocados os dois movimentos, a transferência da Corte lusitana, em 1808, alterou os dados da questão e abriu a perspectiva para a tão sonhada conquista da Independência, afinal proclamada quatorze anos depois.

Instalada em 3 de maio de 1823, a Assembléia Constituinte foi dissolvida por ato do Imperador em 12 de novembro do mesmo ano. O projeto de Constituição, elaborado pelo Conselho de Estado sob a presidência do próprio Imperador, é enviado às Câmaras Municipais que o aprovam, com raras restrições. Foi vitoriosa a tese do juramento imediato, uma vez que a convocação de nova Constituinte implicaria demora na organização constitucional. Em 25 de março de 1824, na Catedral, em cerimônia de grande pompa, o Imperador jurou a Constituição.

Apesar de outorgada, a Constituição de 1824 é considerada por todos, ou quase todos os autores, um documento liberal, moderado, prudente. Diz AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, no seu **Curso de Direito Constitucional Brasileiro** (vol. II, p. 88), que “ela foi um

grande Código político, dos maiores produzidos pela ciência e experiência políticas do século XIX” e que, “venceo óbices e dificuldades sem conta, propiciou a consolidação da Independência e da unidade nacionais, e tornou possível, durante 65 anos, o desenvolvimento geralmente pacífico do Império brasileiro, oásis de ordem, equilíbrio e relativa civilização, em comparação com o drama circundante da anarquia sul-americana”.

Apesar do oásis a que se refere AFONSO ARINOS, tivemos, durante o Império, diversas crises, rebeliões, guerras, inclusive uma externa. Diversos fatores contribuíram para que se acelerassem as reformas pleiteadas por todos. O manifesto republicano de 1870 foi uma amostra das idéias então reinantes. Desde o fim da Guerra do Paraguai, crescera o prestígio do Exército. A questão militar teve início com a rebeldia de alguns coronéis (Madureira e Cunha Matos) e cresceu em franco desrespeito ao poder constituído, para culminar com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, pelo Marechal Deodoro da Fonseca, herói da Guerra do Paraguai.

Convocada pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, a Assembléia Constituinte instalou-se solenemente em 15 de novembro, para discutir o Projeto de Constituição que o Governo Provisório mandara preparar e que sofreu pouquíssimas alterações. Promulgada pela Assembléia Constituinte, a 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana sofreu, apenas, uma emenda, a reforma de 1926, nos seus quase 39 anos de vigência, tal qual a Constituição Imperial alterada, apenas, com o Ato Adicional de 1834.

Como se vê, a ordem constitucional brasileira foi estável ao tempo da Monarquia e na primeira República, com a Constituição de 1891.

Todavia, a partir de 1930, a ordem constitucional brasileira tornou-se instável, como o demonstram as sucessivas Constituições: Carta Provisória de 1930, Constituições de 1934, 1937, 1946. Getúlio Vargas esteve no poder por quinze anos consecutivos. Em conferência proferida na Universidade de Brasília, em 1977, CLAUDIO PACHECO, emérito constitucionalista, resumiu, assim, o período que se seguiu ao Golpe de Estado de 1930:

“Pouco antes da implantação desse Governo, lavrou a grande crise que irrompeu nos Estados Unidos, espalhou ondas de devastação pelo mundo inteiro e perdurou longamente corroendo as bases da riqueza das nações. Aqui no Brasil, obrigou a uma década de penúrias. Os recursos escasseavam. Os nossos produtos de exportação não geravam

renda suficiente para as nossas necessidades de pagamentos no exterior. Veio depois, nessa carência tremenda de recursos, uma seca catastrófica no Nordeste e a Revolução de São Paulo, que obrigou o Governo a despesas desmedidas, com natural efeito de enormes "deficits" financeiros. Ademais, o continuismo pessoal do próprio ditador criou deturpações de toda ordem. Ele mal se conformou com a constitucionalização de 1934. Depois dessa constitucionalização, praticamente suspendendo-a, conseguiu armar-se com poderes excepcionais, logo instaurando uma ação de desalmada repressão e, com isso, abrindo caminho para abolir essa Constituição de 1934 e promulgar, pela via de uma outorga pessoal, comparável à da Monarquia, a Constituição de 1937. Mal a outorgou, aboliu-a também, pois não a cumpriu nem a executou. O que ele realmente instaurou, daí por diante, foi o regime de poder individualizado, sem pauta eficaz de limitação. Com isso, quando chegou a hora de elaborar a Constituição de 1946, a área de nossas instituições era uma terra devastada e desértica, em que foi preciso criar tudo de novo. A Constituição de 1946 foi assim um reinício, que teve logo a fortuna de um primeiro Presidente da República realmente disposto a fazê-la cumprir, e de quem se dizia que, para melhor cumpri-la, sempre tinha o prospecto nas mãos. Através dela, o regime presidencial recomeçou a sua rota de expansão. Por sua vez, a Federação finalmente flutuou, emergiu, já com algum retrocesso, para uma breve fase de realização. Mas o fantasma do retrocesso político continuava pairando sobre o Brasil. O Sr. Getúlio Vargas elegeu-se de novo Presidente da República e a certa altura, dava a impressão de que não queria substituto, de que queria continuar de novo e foi deposto. Matou-se o Sr. Getúlio Vargas, mas o getulismo voltou em 1961, com o Governo do Sr. João Goulart, que foi preciso depor de novo, com nova interferência, digamos, sanitária, do poder militar em 1964 (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**, Câmara dos Deputados, 1978, pp. 158/159).

Vitoriosa, a Revolução de 31 de março de 1964 procurou reformular a vida política do País, num processo inicial que resultou em diversas emendas à Constituição de 1946; isto é, da Emenda nº 7 até a Emenda nº 21. Só no ano de 1964, foram promulgadas quatro emendas. Ao lado das Emendas, ou melhor, acima da Constituição, surgiram os atos institucionais, verdadeira manifestação do Poder Constituinte. Dentre esses, merecem destaque especial os Atos Institucionais n.ºs 2, de 1964, e 4, de 1966. O primeiro preparou as bases

para o encaminhamento de uma Constituição nova; o segundo, o Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional para reunir-se extraordinariamente, de 12-12-66 a 24 de janeiro de 1967, com finalidade de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. O trabalho deveria estar concluído em 21 de janeiro de 1967 para a promulgação no dia 24 seguinte. E isto foi feito.

A nova Constituição, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional, entrou em vigor em 15 de março de 1967. Pensava-se que, a partir daí, haveria relativa estabilidade que permitisse ao Governo revolucionário a ação saneadora e a devolução do poder aos civis. Entretanto, curiosamente, surgiu, de imediato, a tese da revisão constitucional, pela convocação da Assembléia Constituinte. O debate político que, então, se travou teve reflexos na área estudantil. A consequência da crise foi a promulgação do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, por meio do qual houve a ruptura da ordem constitucional precedente, em manifestação típica do Poder Constituinte originário. A Constituição de 1967, na lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “não mais vigorava em decorrência do Congresso Constituinte, convocado por força do Ato Institucional nº 4, mas em decorrência da vontade constituinte enunciada com o Ato Institucional nº 5” (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**, Câmara dos Deputados, 1978).

Outros onze Atos Institucionais se seguiram ao de nº 5, muitos deles introduzindo reformas profundas na estrutura estabelecida pela Constituição. Em 17 de outubro de 1969, foi promulgada pela Junta Militar que, então governava o País, a Emenda nº 1, sobre cuja natureza, os autores não chegaram, ainda, a um acordo. PAULINO JACQUES, por exemplo, entendeu-a como nova Carta (Pela Ordem Constitucional, in **Rev. Inf. Legislativa**, nº 65, pp. 49/50), enquanto MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO a vê como Emenda (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**; p. 198) e PAULO BONAVIDES como uma espécie de Ato Institucional de duzentos artigos (“O Direito Constitucional e o Momento Político”, **Rev. Inf. Legislativa**, nº 81, p. 222).

Mas, não parou aí a instabilidade constitucional: de 9 de maio de 1972, quando se promulgou a Emenda nº 2, até hoje, num período de 13 anos, tivemos vinte e cinco Emendas à Constituição. O Estatuto Político converteu-se numa verdadeira colcha de retalhos... Ainda hoje, tramitam no Congresso Nacional 169 propostas de emenda à Constituição. Perdeu-se o respeito à Lei Superior, que passou a ser alterada segundo as conveniências do momento, num casuismo incontrolá-

vel e pernicioso. CLÁUDIO PACHECO atribui tudo isso, em grande parte, a Getúlio Vargas. Em conferência proferida na Universidade de Brasília, analisando a Constituição de 1946, o autor criticou Getúlio, para, finalmente, concluir:

“o que de pior ele consumou foi a desmoralização das Constituições, o oposto do que ocorreu nos Estados Unidos. Os americanos se habituaram, no início, a venerar a sua Constituição, como se ela fosse uma nova arca sagrada. E ela dura há dois séculos, com poucas emendas. Nós tivemos a Constituição de 1824, que durou razoavelmente. Depois, foi preciso mudar realmente, porque depusemos a Monarquia. Para implantar o novo regime era preciso fazer uma nova Constituição. Mas o Sr. Getúlio Vargas aboliu três Constituições e daí por diante, baixou o nível do respeito ao Código Constitucional. Entramos francamente no ritmo acelerado da instabilidade constitucional, do nomadismo institucional...” (in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**, Câmara dos Deputados, 1978, p. 160).

Mas, voltemos aos fatos de nossa História. O movimento em prol da Constituinte, iniciado em 1968 e abafado com o AI nº 5/68, retorna em 1978. A princípio, tímido para transformar-se, pela vigorosa pregação do “Movimento Democrático Brasileiro” — mais tarde “Partido do Movimento Democrático Brasileiro” —, no anseio da Nação inteira. Antes que isso acontecesse, iniciou-se a chamada abertura, que teve no Governo Geisel o momento de glória com a revogação dos Atos Institucionais, o que ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº 11/78, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1979. Preparavam os militares o terreno para a devolução do poder aos civis. Veio a anistia e com ela a volta dos exilados. A abertura permitiu que a Oposição vislumbrasse a oportunidade de assumir o poder e que, em 1982, alcançasse a vitória em diversos Estados.

A campanha em defesa da eleição direta para a Presidência da República, em 1984, empolgou o País inteiro e o povo se mobilizou. Sepultada a Emenda Dante de Oliveira, em 25 de abril de 1984, a oposição que sempre criticara o voto indireto, compreendeu que, para alterar as regras do jogo, teria de assumir o poder e isso, no momento, só poderia ocorrer com a sua participação no Colégio Eleitoral. O nome do então Governador de Minas Gerais, Tancredo Neves, surgiu, naturalmente. Sua cultura, sua experiência, sua habilidade política, sua fé e seu sentimento religioso, seu apego às tradições, seu devotamento à causa pública, enfim suas qualidades morais e intelectuais e, sobretudo, seu espírito conciliador o credenciaram como o candidato do

consenso: foi transformado em candidato acima dos Partidos: em torno dele se uniram antigos rivais; os militares lhe deram apoio e o próprio Governo Figueiredo o aceitou. O povo, nas ruas e nos comícios, endossou a escolha e participou ativamente da campanha, tal qual o faria numa eleição direta.

Quis o destino, porém, que o homem que conseguir reunir em torno de si todas as correntes de opinião não chegasse ao poder. O estado de saúde, que ele tentava esconder, se agravou na noite da véspera da posse e o Presidente eleito teve que ser internado. Os trinta e oito dias de agonia que abalaram a opinião pública tiveram seu desfecho em 21 de abril. Morreu Tancredo Neves, mas não morreram suas idéias. O 15 de março de 1985 ficará registrado na História como o dia em que teve início a **Nova República**.

Em decorrência de todos esses fatos, em virtude do forte clamor público, pode-se dizer que é inevitável a elaboração de um novo estatuto político. A convocação de uma Assembléia Constituinte se impõe. E se impõe porque nós vivemos um **momento constituinte**. De janeiro de 1984 a janeiro de 1985, a situação política brasileira mudou radicalmente. A mobilização política demonstrou da forma mais inequívoca possível a enorme distância entre o que se convencionou chamar **sistema** e o povo. SEVERO GOMES, numa afirmação feliz, disse que "a cidadania brasileira deu um salto de qualidade e o País entrou numa "situação constituinte", com uma vontade política que emergiu e se arma para a refundação nacional" ("Situação Constituinte", in **Constituinte e Democracia no Brasil**, p. 81). "A participação espontânea do povo" — disse ele — "gerou a consciência da necessidade de atuar no processo político de forma ativa num ato de vontade que se configura à situação constituinte. Por isso, já afirmei ser inevitável a convocação da Assembléia Constituinte. Sabemos que queremos uma nova Constituição. Mas, talvez não saibamos como queremos que ela seja".

É necessário, portanto, que nos preparemos para desempenhar bem o papel que nos cabe. Ao lembrar aqui os fatos principais de nossa história político-constitucional, colocamo-nos todos, em relação à maioria deles, como meros espectadores, passivos analistas. Os fenômenos que agora recapitulamos se repetem hoje. A História do Brasil continua a ser escrita. E, para felicidade nossa, de pacatos observadores nos transformamos em participantes. De nossa decisão, de nosso amadurecimento político, de nossa responsabilidade na participação, da consciência de nossa força dependerá o futuro de nossas instituições. O poder é nosso, a soberania nos pertence e somos nós que iremos decidir por que regras devemos pautar nossa vida dentro da sociedade política, por que normas se devem reger nossas relações com o Governo e, enfim, que sociedade queremos formar.

Antes, porém, de passar em revista as formas de convocação de uma Assembléa Constituinte, de discutir o conteúdo de uma Constituição, precisamos fixar certos conceitos e definir nossa posição em relação a eles. Temos falado muito em Constituição. Mas, o que é, para que serve, como se faz e quem faz com legitimidade uma Constituição? DALMO DE ABREU DALLARI, num livrinho pequeno, mas de grande conteúdo e que todos deveriam ler, intitulado **Constituição e Constituinte**, diz que quando se sabe por que motivo a Constituição foi criada fica mais fácil perceber também quais as conseqüências do seu desrespeito.

## II — Conceito de Constituição

É ponto acorde entre os autores que a Constituição é o documento jurídico-político, em que se estabelece a organização do Estado, constituindo o ponto de partida da ordem jurídica positiva. Ela é, dessa forma, a norma fundamental a que devem subordinar-se todas as outras. Só no século XVIII aparecem as Constituições com o sentido que, hoje, lhes damos. O primeiro documento da História com o nome e o significado atuais surgiu na América do Norte, quando as colônias se preparavam para a independência. Em Virgínia, a 12 de junho de 1776, pela primeira vez na História da humanidade, como lembra BERNARD SCHWARTZ em **Os Grandes Direitos da Humanidade**, uma assembléa eleita pelo povo aprovou uma Constituição. E isto aconteceu antes da **Declaração de Independência** das colônias inglesas, que ocorreu no dia 4 de julho seguinte. Alguns anos depois, em 1787, surgiu a Constituição dos Estados Unidos da América, elaborada pela Convenção de Filadélfia. Ela organizou a Federação, estabeleceu a república como forma de governo, distribuindo o exercício da soberania entre os Poderes.

O constitucionalismo foi um movimento ideológico e político que surgiu no século XVIII. Seu objetivo foi destruir o absolutismo — aqui no mau sentido — dos monarcas e estabelecer normas jurídicas racionais e obrigatórias para todos: governantes e governados. Foi nessa época que apareceram as doutrinas contratualistas e a conseqüente necessidade de renovação do pacto social; a doutrina da separação dos Poderes como fórmula de conter os excessos dos titulares do poder; a doutrina do direito natural iniciada por HUGO GROTIUS.

Mas, continuemos nossa exposição. A palavra Constituição vem do latim **constitutio**, de **constituere**, que quer dizer organizar, constituir, formar. Constituir é organizar; constituição é organização. No sentido técnico, Constituição é um conjunto de regras e de princípios que dispõem sobre a estrutura e organização do Estado; que estabelecem a divisão dos Poderes, cuidando para que um limite o outro num

sistema de freios e contrapesos; que fixam as regras do acesso ao poder; que instituem um sistema de defesa interna e externa da ordem constitucional; que disciplinam o processo de sua reforma; que declaram os direitos individuais e sociais e estabelecem suas garantias; que protegem e promovem a dignidade humana; que estabelecem os direitos e as responsabilidades dos indivíduos, do povo, dos grupos sociais e do governo. "Constituição", como diz o Professor DALLARI, "é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e à promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo".

Repetindo, a Constituição é o documento jurídico-político, em que se estabelece a organização do Estado, constituindo o ponto de partida da ordem jurídica positiva. Ela, dessa forma, é a norma fundamental a que devem subordinar-se todas as outras.

Ao relembrar a Declaração de Virgínia de 1776, vimos que um dos grandes objetivos da Constituição foi a organização do Estado, o disciplinamento da vida da sociedade política. No mesmo século XVIII, aliás o século das luzes, surgiu um outro documento que, na História da humanidade é bem mais conhecido que a Declaração de Virgínia: a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, votada em 2 de outubro de 1789. Para muitos, a Constituição moderna, síntese de elementos liberais e democráticos, surgiu da Revolução francesa de 1789 e teve como suporte mental a teoria do poder constituinte, no dizer de JOSÉ CARLOS TOSELI BARRUFINI, no seu livro **Revolução e Poder Constituinte**. A França já era um Estado, tinha independência. Ali, com o movimento de 1789, o poder público deixou de ser monopólio real, para ser exercitada a soberania, também, por uma Assembléia poderosa que, com a coroa, constituíam os dois órgãos representativos da Nação, titular do poder, como assinala o grande MAURICE DUVERGER no seu **Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique**. A Constituição já não era um pacto entre povo e príncipe ou entre organizações estamentais, mas uma decisão política da Nação, una e indivisível, para fixar o seu próprio destino, como afirma BARRUFINI na obra já citada.

### III — Noção de soberania

Antes de estabelecer o conceito de poder constituinte, devemos precisar o que é soberania. Sabemos que o Estado como sociedade política possui autoridade e dispõe de poder. Não se pode, realmente, conceber uma sociedade sem autoridade. O Estado pereceria no caos e na anarquia se não possuísse autoridade e se não dispusesse de poder.

Autoridade é o direito de mandar, de dirigir, de ser ouvido, de ser obedecido. Poder é a força que vai tornar efetiva essa obediência. O poder próprio do Estado possui uma supremacia sobre todos os indivíduos e sobre todas as sociedades que formam sua população. Esse poder especial do Estado recebe a denominação de soberania.

Mas, na verdade, a soberania não é uma autoridade da sociedade política, mas uma qualidade da autoridade. É, justamente, o mais alto grau da autoridade do Estado. É a qualidade de ser supremo, de ser absoluto, de ser definitivo no domínio que lhe é reservado. Mas, ser absoluto não quer dizer ser arbitrário e sem limites. Absoluto é o poder do Estado porque no seu domínio — que é realizar o bem público de sua sociedade — não está sujeito a nenhum outro poder. O poder soberano é absoluto como poder político, o que quer dizer que, para realizar o bem comum da sociedade que governa, ele não está subordinado a nenhum outro poder, não depende de nenhum outro Estado, de nenhuma outra autoridade. Isto não quer dizer, porém, que ele possa fazer tudo e que não tenha limite. O poder político que pudesse fazer tudo e não tivesse nenhum limite, não seria soberano, mas arbitrário e despótico. Um poder arbitrário e despótico, por definição, não é obrigado a fazer isto ou aquilo, mas faz tudo o que quer. Ora, o poder soberano, por definição, é o poder que somente emprega a sua força para realizar o bem comum. Logo, poder arbitrário e despótico não é o poder soberano do Estado; é a violência, o crime, a loucura — não é soberania. Estado soberano deve ser entendido como aquele que se encontra direta e imediatamente subordinado à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o direito internacional qualquer outra coletividade intermediária. O Poder soberano do Estado é, pois, supremo e definitivo no seu domínio, mas não é, nem poderia ser arbitrário e sem limites.

As limitações da soberania são necessárias ou contingentes. Algumas são necessárias porque decorrem necessariamente da natureza das coisas, da própria natureza da soberania e dos objetivos do Estado. A finalidade última do Estado é a realização do bem comum. E só poderá fazê-lo, respeitando os princípios permanentes e naturais do direito e da moral. Além disso, o Estado não é um fim em si mesmo, sendo, antes, um meio para que os indivíduos cumpram o seu destino, desenvolvendo suas qualidades físicas, morais e intelectuais. Logo, o poder soberano do Estado encontra limitações nos direitos individuais que ele deve amparar e proteger, sob pena de não realizar o bem comum. E mais ainda: o Estado é uma sociedade natural, mas não é a única. Ele existe para realizar o bem comum temporal dos indivíduos, no terreno político. Entretanto, o homem precisa de outros bens temporais, que o Estado não deve desconhecer, mas de que não deve cuidar, porque lhe falta competência. A existência de outros Estados na ordem internacional cria, também, para cada Estado em particular,

limitações necessárias à soberania, pois o poder de um encontra limites no exercício do poder pelos outros.

Sobre a titularidade do poder não é preciso que nos alonguemos e que nos detenhamos no exame das diversas doutrinas: o poder pertence ao povo.

#### IV — Nova Constituição. Ato revolucionário. Poder Constituinte

A Nação inteira exige uma nova Constituição. Mas, se a Constituição é a lei suprema que deve ser respeitada, como podemos pretender nova Constituição se já temos uma em vigor? A resposta é simples, mas devemos, antes, analisar o conteúdo da expressão **poder constituinte**. Se Constituição é organização, constituinte é o que constitui, o que organiza. O poder constituinte é a mais alta expressão da soberania do Estado. É ele que estabelece a lei fundamental do Estado. Ora, se a soberania pertence ao povo, segue-se que o poder constituinte deve ser exercido pelo povo. A teoria do poder constituinte surgiu, como todos sabem, com o abade SIÉYÈS.

Costuma-se dizer que o poder constituinte é ilimitado, incondicionado, que ele não se subordina a qualquer norma que não seja a expressão de sua vontade, pois ele é a fonte de todo poder, é a origem de toda norma jurídica. Podemos admitir tais conceitos desde que entendamos como limites, como subordinação, o estabelecimento de regras por algum poder instituído. Na verdade, o poder constituinte é anterior a todo direito, a todo poder, eis que ele é que vai instituir outros poderes e fixar as bases do direito. Convém lembrar que, se o poder constituinte é a expressão mais alta da soberania e que se esta sofre limitações naturais, tais limitações se estendem ao poder constituinte que outra coisa não é senão a manifestação suprema da soberania.

O poder constituinte representa a vontade espontânea e viva da realidade social (cfr. BARRUFINI, ob. cit., p. 2). A história da humanidade é uma seqüência de acontecimentos encadeados. Num dado momento, esses fatores acumulados se combinam e desencadeiam movimentos que podem mudar, de forma radical, a vida de um povo, ou mesmo da humanidade, segundo observa DALLARI (ob. cit., p. 9). Diz ele que “esses momentos de transformação irresistível são como o estouro de uma grande represa provocado por fatores naturais: não dependem da vontade de alguém. Os que querem resistir são impotentes e os que aparentemente lideram os acontecimentos, na verdade não conduzem os fatos”.

O poder constituinte legítimo surge, ou melhor, ele se manifesta quando a insatisfação do povo, em virtude de diversos acontecimentos

que se sucedem, atinge um grau de intolerância insuportável que determina a separação entre autoridade e poder. E, como diz, CLOVIS RAMALHETE no artigo "Constituição, constituinte, reformas", publicado no vol. 81 da **Revista de Informação Legislativa**, "constituinte não se propõe. Acontece". Esse autor cita alguns exemplos de autoridade sem poder ou, noutras palavras, de momentos constituintes. Basta, aqui, trazer à colação o de D. Pedro II, no Paço da Cidade, com a família e alguns auxiliares, ser intimado pelo Major Solon, a deixar o Brasil, em 1889.

O poder constituinte se coloca fora do Estado. Ele não se funda no direito, pois é pré-jurídico, eis que é ele que estabelece o direito. Não é de natureza jurídica, mas sociológica ou política. Exercido com legitimidade, por Assembléia Constituinte, promulga Constituição. Exercido ilegítimamente por uma pessoa ou por um grupo, sem a participação popular, outorga a Carta.

Elaborada a norma fundamental, o poder constituinte não desaparece; ele se recolhe, entra em estado de latência e só volta a manifestar-se novamente, em caráter extraordinário e transitório, quando for convocado pacificamente ou pela força das armas.

Vimos que a Constituição é uma decisão política da Nação. Se o é, poder constituinte, que a elabora, não está condicionado senão às limitações decorrentes do direito natural e da existência de outros Estados na grande ordem jurídica internacional. O poder constituinte originário é a fonte da Constituição; o poder constituinte instituído, ou de segundo grau, ou, ainda, reformador é o que, se destinando a rever a sua obra e tendo fundamento no originário, que o institui, tem por objeto a alteração, a reforma da Constituição, de acordo com as regras estabelecidas em seu próprio texto.

Modernamente, as Constituições prevêm a sua própria reforma, mas não incluem, em seu bojo, nenhuma disposição que possa ser interpretada no sentido de sua substituição integral por outro documento jurídico-político.

E não o fazem porque, com a promulgação de uma Carta, não se exaure o poder constituinte originário, que continua em estado latente podendo emergir a qualquer momento. E quando isto acontece, opera-se uma revolução, entendendo-se como tal, a substituição de um ordenamento jurídico por outro, por formas não previstas no ordenamento que se substitui (cfr. RAMALHETE, Clovis. "Revolução como Fonte de Direito", in **RDP**, nº 32, p. 95; BARRUFINI, *op. cit.*; RECASENS SICHES, Luiz. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. México, Porrúa, 1970, vol. 1, p. 298; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**,

p. 35; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Comparado**, vol. 1, pp. 80 e 82 etc.)

A remoção de uma dada ordem normativa não se opera, apenas, pela violência, embora a revolução, aqui no sentido de insurreição armada, seja a forma mais radical da manifestação do poder constituinte, a *ultima ratio* a que recorre a Nação, quando se vê oprimida ou quando vê em perigo os valores máximos cultuados desde longas gerações. Essa remoção pode operar-se pacificamente ou através de revolução (insurreição), golpe de Estado ou conquista.

Se a Constituição é uma decisão política da Nação, para organizar-se, para estabelecer uma determinada forma de vida, é evidente que essa decisão deve ser o resultado de um consenso unânime. Por isto, PAULO GOUVEA DA COSTA afirma que "Hora de Constituinte não é momento de divergência, mas é hora de dar as mãos, é hora de paz e de harmonia que só podem resultar de um profundo e duradouro entendimento" ("Assembléia Constituinte: o que é isto?," in *Convivium*, vol. 20, nº 4, p. 414).

Resultando de um entendimento comum, a Constituição adquirirá eficácia pelo próprio assentimento popular, sem recurso à força. Produto de um golpe de Estado, de uma revolução armada, de uma conquista, será imposta, na maioria das vezes, pela violência. RECA-SÉNS SICHES observa que o jurista puro não consegue explicar esse fato, uma vez que, movendo-se no campo de um ordenamento jurídico positivo vigente, com a produção do fato violento, fica destruída a esfera em que ele trabalhava (op. cit., pp. 297/298).

Para os positivistas, que entendem como direito apenas o posto pelo Estado, o poder constituinte é, apenas, uma força social e a Constituição, um fato. Para os jusnaturalistas, o poder constituinte é um direito, decorrente do poder e da liberdade de organizar a própria vida social, de que dispõe o homem por ser livre.

De qualquer forma, porém, que se examine o poder constituinte, a promulgação de uma nova Constituição não pode deixar de ser considerada um ato de revolução — revolução jurídica —, que põe por terra o fundamento de um ordenamento anterior, editando outro, que será, a partir de sua promulgação, ou outorga, o fundamento da validade de muitas normas da ordem jurídica removida que, com base nele, continuarão a subsistir.

Dessa forma, o rompimento do ordenamento jurídico preestabelecido não significa a mudança de todas as instituições. Assim, por exemplo, a Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 não rompeu

com a Monarquia vigente no ordenamento anterior, estando expresso no art. 2º, do Título II, que

“La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

La Constitution Française est représentative: les représentants sont le Corps Législatif et le Roi.”

A República só foi proclamada a 4 de setembro de 1870 e, como assinala DUVERGER, em menos de oitenta anos, a França foi submetida a mais de quinze diferentes regimes políticos, quatro revoluções, dois golpes de Estado e três invasões estrangeiras, caracterizando-se o período de evolução constitucional (1789-1870), pela instabilidade política (op. cit., p. 220). E depois disso, sucederam-se outras alterações, outros regimes, com a República novamente proclamada em 24 de fevereiro de 1848, depois do restabelecimento da Monarquia hereditária em 1814.

As nossas Constituições posteriores à de 1824 também não romperam com a República Federativa instaurada em 1889, pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, e confirmada pela Carta de 1891.

#### V — Assembléia Nacional Constituinte

A questão de saber quem pode fazer uma Constituição implica mais em verificar quem tem legitimidade para fixar as regras que vão organizar a sociedade do que em saber quem vai escrever os artigos e os parágrafos dessa organização. Ora, se o poder pertence ao povo, se todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos, como afirma a **Declaração dos Direitos do Homem**, não há razão que justifique sejam as normas de organização da sociedade e do estabelecimento dos direitos e deveres fundamentais fixadas por alguns e impostas a todos.

Deve-se, pois, propiciar a todos a livre manifestação das vontades, mas não se pode estabelecer previamente que alguma vontade tenha mais valor que outras. Não se pode, também, pretender que a vontade de cada membro da coletividade seja inserida de forma integral na Constituição, mas a livre manifestação das idéias deve ser observada.

Não se pode, evidentemente reunir todo o povo em praça pública para discutir e estabelecer a Constituição. É necessário, então, que um grupo de representantes exerça, em nome do povo, o poder constituinte. Mas, é imprescindível, para que esse grupo seja efetivamente representativo, que nele estejam presentes todas as correntes de opinião. O poder constituinte legítimo é do povo; mas nada impede que o grupo de representantes cumpra as formalidades necessárias para a elabora-

ção de uma nova Constituição. É necessário, todavia, que o povo dê o seu consentimento prévio para isso — são os ensinamentos de DALMO DALLARI, no famoso livrinho, já tantas vezes citado.

Pelas razões já expostas, o Congresso Nacional não pode ser investido nas funções de poder constituinte: não recebeu representação, não recebeu mandato do povo para estabelecer a lei fundamental do Estado.

Ao grupo encarregado de elaborar a Constituição denominamos Assembléia Nacional Constituinte. Ela deve ser livre e representativa e os escolhidos devem ter liberdade de manifestar suas idéias. A Assembléia deve ser representativa: não podem ser excluídos os pobres, os analfabetos, os de certa crença filosófica, política ou religiosa.

A questão da liberdade de escolha está implícita no caráter representativo da Assembléia. Quem vamos escolher? Candidatos aprovados pelos Partidos? Candidatos avulsos? Candidatos previamente selecionados por grupos ou associações intermediárias como sindicatos, federações e outras? Ou candidatos independentes? Todas essas dúvidas devem ser dirimidas pelo povo, titular do poder constituinte. A solução não pode ser imposta por quem detém o Poder. O povo deve ser consultado. Para isso, um amplo debate deve ser promovido.

Em nome da liberdade de escolha, o direito brasileiro deve ser liberado de certas disposições antidemocráticas: a remoção do chamado **entulho autoritário**, que tolhe o cidadão, impede a livre manifestação das idéias e, por consequência, a representação autêntica. O fenômeno não é novo. Após a deposição de Vargas, em 29 de outubro de 1945, o Governo Provisório que se instalou executou a mesma tarefa. AFONSO ARINOS, no seu **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**, publicado em 1960, usa a mesma expressão tão em voga, hoje, como devia ser àquela época. Num certo trecho, diz ele:

“Este novo Governo Provisório logo tratou de remover alguns entulhos deixados pelo Estado Novo” (p. 230).

## VI — Convocação da Constituinte

Um ponto que tem merecido a atenção de todos é o que se refere à convocação da Assembléia Constituinte. Quem tem poder para convocá-la? Quem tem legitimidade para isso? Sem entrar, por enquanto, na questão relativa à legitimidade, podemos detectar quatro posições: a Assembléia Constituinte deve ser convocada pelo Presidente da República, por meio de decreto — é a primeira corrente; ela deve ser convocada pelo Congresso, por intermédio de resolução — é a idéia defen-

dida por um segundo grupo; de acordo com a terceira posição, a Assembléia Nacional Constituinte deve ser convocada por meio de ato com a participação conjunta do Congresso e do Presidente da República. Este ato só pode ser a lei; finalmente, há quem pretenda seja a Assembléia convocada por emenda constitucional, de carácter transitório.

O conhecimento do que já aconteceu, de como se procedeu das vezes anteriores pode ajudar-nos a estabelecer uma posição para o momento actual. No Brasil, a Assembléia Constituinte tem sido sempre convocada pelo Chefe do Poder Executivo. Assim foi em 1822, em 1890, em 1933 e em 1945. Também em 1966, quando ao Congresso Nacional foram outorgados, pelo Ato Institucional nº 4, poderes constituintes. Mas, isso é outro caso e não se chegou, ainda, a um acordo sobre diversos aspectos desse acontecimento.

Em 1822, em 1890, em 1933 e em 1945, não tínhamos Congresso em funcionamento. O Legislativo não existia; ou porque não existia mesmo, como em 1822, ou porque foi dissolvido. Em 1966, havia um Congresso; o Poder Legislativo estava em funcionamento. Mas, foi o Chefe de Estado quem, com a edição do AI nº 4/66, convocou extraordinariamente o Congresso para votar o Projeto de Constituição.

Em todas essas ocasiões, a iniciativa partiu do Chefe do Executivo. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, em depoimento prestado no Congresso Nacional em 1982, defendeu a tese de que o Poder Legislativo, por meio de resolução aprovada pelas duas Casas, poderia outorgar poderes constituintes aos novos membros do Parlamento a serem eleitos naquele ano ("A Constituinte Instituída", in *Revista de Ciência Política*, vol. I, p. 3). Se o Executivo sempre exerceu o poder constituinte originário, não havia razão que impedisse o Legislativo de fazer o mesmo. Declarando a idéia original, defendeu sua viabilidade política e jurídica. Política, porque, dizia ele em 1982, não haveria um confronto entre os Poderes constituídos e atribuídos e o poder revolucionário existente; juridicamente, porque a ordem constitucional vigente seria observada até que se promulgasse o novo Estatuto Político. O eminente jurista cita diversos exemplos de resolução do Legislativo em decisões políticas que resolveram perigosas situações. Entre essas, as questões relativas ao Ato Adicional de 1834, à maioria de D. Pedro II, à permanência de Floriano Peixoto à frente do Executivo, em face da renúncia de Deodoro da Fonseca, à declaração de impedimento do Presidente Café Filho e do seu substituto eventual, Carlos Luz, Presidente da Câmara.

Uma terceira corrente concilia, como é normal, as duas anteriores, ao propor a convocação da Assembléia por intermédio de lei, de cuja elaboração participem o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Numa quarta posição se situam os que pretendem a convocação da Assembléa Constituinte por meio de emenda à Constituição em vigor. Alguns expressamente; outros, de forma mais velada.

DALMO DE ABREU DALLARI, por exemplo, entende, e o diz com clareza, sem subterfúgios, que a Assembléa Constituinte deve ser convocada mediante Proposta de Emenda à Constituição, apresentada pelo Presidente da República ou pelos membros do Congresso Nacional. Tal emenda, de natureza transitória, disporia sobre a convocação, fixaria regras básicas para a eleição dos constituintes, para a instalação da Assembléa e para a duração dos trabalhos, estabeleceria o processo legislativo ordinário a ser observado durante o período constituinte e disporia sobre outras questões correlatas ("Constituição para o Brasil Novo", publicado na Coletânea **Constituinte e Democracia no Brasil, Hoje**, da Editora Brasiliense).

Já CELIO BORJA, no artigo "Assembléa Constituinte ou Reforma?" publicado no **Jornal do Brasil**, edição de 26 de maio, partindo da premissa de que revolução e Governo são termos opostos e que, "havendo Governo, reforma-se a ordem normativa existente", conclui ser impossível a criação de "outro órgão que possa ostentar o atributo de depositário do poder constituinte originário". E sugere a solução: um ato de natureza constituinte do Congresso existente (que é uma das instituições governativas) determinaria uma consulta plebiscitária para que o povo se manifeste sobre a conveniência de dar ao órgão do Poder Legislativo já existente o pleno exercício do poder constituinte, livrando-o das limitações contidas no ordenamento em vigor e permitindo-lhe, com isso, reformas profundas. A consulta plebiscitária — diz ele — poderia coincidir com as eleições destinadas a renovar o Congresso Nacional.

Sinceramente, não vejo em que uma fórmula seja melhor que as outras. Em todas elas, observa-se o mesmo fenômeno: a Assembléa Constituinte é instituída por um poder constituído, por um poder preexistente. Isto pode parecer, segundo alguns, um contrasenso, pois, se o Poder Constituinte é originário, não deveria receber sua força de um Poder preexistente. Na verdade, as coisas não são assim. A convocação não confere, não atribui força, nem poder à Assembléa. A convocação é um mero ato de chamamento dos representantes do povo para elaborar a nova Constituição. O poder constituinte é originário. A convocação é a consequência, o resultado natural do momento constituinte, isto é, do momento histórico em que se observa o rompimento definitivo da ordem constitucional, então vigente. O ideal seria que o próprio povo se convocasse a si mesmo. Mas, isso, num país com a dimensão geográfica do Brasil, é, praticamente, impossível, mesmo porque há determinadas providências que precisam ser tomadas, e o povo — embora titular do poder — não o detém diretamente.

Das quatro posições que enumeramos, só uma considero inviável: a da emenda. As duas teses nesse sentido se me afiguram equivocadas. Uma emenda inserida no texto da Constituição em vigor, com o conteúdo proposto por DALLARI, subverteria todo o sistema nela disciplinado, sobretudo se considerarmos que as disposições transitórias se destinam a regular situações que não devem ficar sob o império da norma antiga (no caso, a Constituição de 1946, que antecedeu à atual), nem devem reger-se, exclusivamente, pela nova regra (no caso, a Constituição em vigor). Se a Constituição é a lei suprema do Estado, é inteiramente fora de qualquer propósito que ela preveja sua substituição por outra. A substituição é decorrência do poder constituinte originário e não precisa estar prevista para que possa ocorrer. Mais ainda: o poder constituinte originário é um poder natural e, como tal, nem comporta previsão em documento que é o próprio resultado do seu exercício. Além disso, o ato convocatório não deve estabelecer quaisquer limitações aos constituintes, ainda que seja quanto à duração dos trabalhos.

A tese de CÉLIO BORJA é, também, inviável: o ato de natureza constituinte, por meio do qual ele sugere seja determinada a consulta plebiscitária, só pode ser a Proposta de Emenda, única manifestação de poder constituinte (nesse caso, derivado), permitida ao Congresso, dentro do ordenamento jurídico vigente. A extensão dos poderes conferidos ao Congresso Nacional, a ter sua composição renovada nas próximas eleições, é semelhante à proposta de DALLARI. A novidade está na eleição de Deputados e Senadores segundo as normas vigentes (inclusive renovação parcial do Senado, com o que teríamos membros natos no futuro Congresso constituinte) e na outorga aos novos eleitos de poderes amplos para reformar a Carta atual.

Na verdade, o equívoco se resume na vontade de, juridicamente, conciliar o inconciliável e de justificar, com o direito, o fato político-social. O surgimento de nova Carta (ou reforma ampla e ilimitada) não encontra justificação no direito positivo, justamente porque o poder constituinte que a elabora é pré-jurídico, não tendo qualquer compromisso com regras preestabelecidas, uma vez que a ele compete dispor sobre a Lei Fundamental a que devem subordinar-se todas as outras normas. O poder constituinte originário se coloca fora do Estado. Não se funda no direito positivo, eis que lhe é anterior. Não é de natureza jurídica, mas sociológica ou política.

O exercício do poder constituinte originário é sempre um ato de revolução — revolução jurídica — que põe por terra o fundamento de um ordenamento anterior, editando outro que será, a partir de sua promulgação, o fundamento da validade de muitas normas da ordem jurídica removida. A revolução, manifestação do poder constituinte originário, não se opera, apenas, pela força das armas, que é, na

verdade, a sua manifestação mais radical. Essa revolução pode ocorrer, pacificamente, sem o recurso às armas. Seria mesmo um contra-senso exigir-se a revolução armada, quando é unânime o entendimento de que a Carta atual não mais satisfaz a sociedade que organiza. A revolução armada só se justifica, quando se cuida de impor uma nova ordem.

O ato que convocar a Assembléa Constituinte, deve, necessariamente, ser um ato revolucionário, na medida em que não pode adequar-se a nenhum ordenamento jurídico preexistente. Governo e revolução não são termos que se opõem necessariamente. O antagonismo está em pretender a prática de um ato revolucionário e a manutenção do ordenamento jurídico a que se visa, com esse ato, remover.

## VII — Funcionamento da Constituinte

Se a Assembléa Constituinte vai exercer o poder constituinte, que, por definição é incondicionado, ilimitado, originário e fonte de todo poder, é evidente que o ato de convocação — ou outro ato qualquer, partindo de um dos Poderes constituídos — não pode estabelecer prazo, não pode fixar a duração dos trabalhos, nem regras para o funcionamento da Assembléa. Não deveria nem mesmo trabalhar sobre um anteprojeto elaborado ou mandado elaborar pelo Governo. Se a Constituinte deve ser livre, ela mesma deve estabelecer seu regimento, deve designar subcomissão para redigir o anteprojeto, deve, se o entender conveniente, estabelecer cronogramas e fixar prazo para a conclusão dos trabalhos.

Entretanto, a História nos revela que nem sempre essa liberdade tem sido rigorosamente observada. Com efeito, das republicanas, só a Constituinte de 1945 não recebeu um anteprojeto que servisse de ponto de partida para seus estudos. Instalada em 2 de fevereiro, a Assembléa designou, em 14 de março, uma Comissão de 32 membros para redigir Projeto Primitivo, concluído em 27 de maio. Discutido em plenário, o projeto recebeu mais de quatro mil emendas que foram apreciadas pelas Subcomissões e pela Comissão Geral, resultando no Projeto Revisado, enviado a plenário em 7 de agosto. Foi votado com admissão de destaques e os relatores parciais e geral ofereciam parecer oral. As emendas aprovadas foram introduzidas no texto. Aperfeiçoou-se a sua redação e o trabalho ficou concluído em 17 de setembro de 1946, sendo promulgada a Constituição no dia seguinte. A Constituinte de 1945 teve liberdade para agir, para trabalhar. Havia, apenas, a previsão de que as sessões de instalação e de trabalhos preliminares seriam presididas pelo Presidente do Superior Tribunal Eleitoral, até que os constituintes elegeassem, dentre eles, o Presidente, que, a partir daí, dirigiria os trabalhos.

A Constituinte de 1823 trabalhou sobre um anteprojeto elaborado por Comissão, cujo relator era Antônio Carlos de Andrada. Mas essa Comissão foi eleita no seio da própria Assembléia, no dia 6 de maio de 1823. Uma Comissão de 5 membros nomeada pelo Governo preparou o anteprojeto da Constituinte de 1891; a chamada Comissão do Itamarati, também designada pelo Chefe do Executivo, foi encarregada do anteprojeto que serviu de base aos trabalhos da Constituinte de 1933. O Congresso Nacional, em 1966, para votar a Constituição de 1967, recebeu, também, um anteprojeto.

Fala-se, hoje, numa grande Comissão Constitucional, de cerca de cinquenta membros representativos dos vários segmentos da sociedade, com a incumbência de preparar um anteprojeto a ser submetido à futura Assembléia. Notícias-se que o trabalho final será, antes de encaminhado, publicado para ser amplamente debatido e propiciar o oferecimento de sugestões. No meu modesto ponto de vista, não vejo razão para tal procedimento. E, ainda que houvesse, não haveria necessidade de tantos membros. O trabalho preliminar poderia ser feito por uma pequena comissão de juristas. Mas, ainda assim, parece-me inútil o trabalho.

O ideal é a consulta ao povo após o trabalho final da Assembléia, antes da promulgação. Se se instituir uma Comissão para redigir um anteprojeto a ser debatido pelo povo e depois encaminhado à Assembléia Constituinte, subverte-se a ordem natural das coisas. O titular do poder constituinte é o povo e não a Assembléia. Por que não ouvir o povo após a elaboração do trabalho da Assembléia? Se a maioria o aprovar, será promulgado como Constituição. Além disso, o funcionamento da Assembléia não impede o debate popular, que deve ser feito e estimulado por meio de ciclos de estudo, seminários, conferências, grupos de trabalho.

Outro aspecto deve merecer nossa atenção: a Assembléia Constituinte deve funcionar concomitantemente como Poder Legislativo? Ou, em outras palavras, a Assembléia Constituinte deve, simultaneamente, além da Constituição, discutir e aprovar as leis ordinárias? Penso que não. O mandato que o povo vai conferir aos constituintes deve ser, apenas, para a elaboração da nova Constituição, a fim de que os trabalhos não sejam atropelados. Aliás, no período constituinte, a elaboração legislativa deve restringir-se ao estritamente indispensável. Para que votar leis, para que estabelecer o direito, se não sabemos, ainda, qual vai ser o ponto de partida desse direito? As mudanças mais importantes já estão sendo efetuadas, com a remoção do entulho autoritário. E deverão estar concluídas antes da eleição dos constituintes.

Mas, se a Constituinte não deve funcionar, também, como Poder Legislativo, como serão elaboradas as leis que se fizerem necessárias?

A proposta do Professor DALMO DALLARI, no artigo "Constituição para o Brasil Novo", publicado na obra **Constituinte e Democracia no Brasil, Hoje**, que reúne pensamentos de diversos juristas, parece-me prudente e viável: Segundo ele, poderia ser eleito um **Conselho Político**, com cerca de trinta membros, sendo dez eleitos pelo Congresso, dez eleitos pelos membros dos Tribunais Federais e dez indicados pelo Presidente da República e pelos Ministros. Da formação desse Conselho Político, participariam, pois, os três Poderes. O Conselho Político, além da tarefa legislativa, teria função fiscalizadora do Executivo. E funcionaria até que se instalassem os corpos representativos a serem eleitos na forma do que dispuser a futura Constituição.

A idéia lançada por DALLARI — que se inspirou no Conselho da Revolução, criado em Portugal, em 1975 — é salutar e evita os males das soluções anteriormente encontradas. A Constituinte de 1823, por exemplo, funcionava, também, como Poder Legislativo e isso ocasionou diversos atritos com o Imperador que acabou por dissolvê-la. Para evitar esse inconveniente, as Constituintes de 1890, 1933 e 1945 só cuidaram da feitura da nova Constituição. A tarefa legislativa ficou a cargo exclusivo do Chefe do Poder Executivo. Ora, por mais capaz e por mais bem intencionado que seja, o Presidente da República — argumenta DALLARI — terá sempre uma visão pessoal dos problemas, além de ficar sujeito, por ser único responsável, a pressões de muitas espécies.

A alternativa apontada por DALLARI parece a mais prudente. Só discordo do meio que ele sugere para a adoção desse Conselho Político: a emenda à Constituição. As razões que me impelem à divergência são as mesmas que me levam a não aceitar seja a Assembléia Constituinte convocada pela mesma via, motivo por que se torna desnecessário repeti-las.

### VIII — Conteúdo da futura Constituição

Quando se fala em nova Constituição, o problema principal não está em escrever os artigos e os parágrafos, em dividir todo o trabalho em título, capítulo e seções. A questão mais importante reside justamente em saber o que essa Constituição deve conter. Não podemos, aqui, em minutos, enumerar tudo o que entendemos deva uma Constituição conter. Mas, podemos dar uma idéia de assuntos que podem ser objeto de análise e estudo nos sucessivos encontros que deverão ser feitos neste período constituinte.

Em primeiro lugar, se Constituição é organização, segue-se que a Lei Suprema deve dispor sobre a estrutura do Estado, isto é, deve

distribuir o exercício da soberania entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou outros que vier a instituir. A divisão deve ser cuidadosa, harmoniosa para evitar o predomínio de um sobre os outros. Deve estabelecer, ainda, uma forma eficaz de controle e fiscalização de uns sobre os outros, principalmente sobre o Executivo que não deve ter uma excessiva concentração de poderes. No regime que começa a findar, houve predominância do Executivo, predominância que se observa a partir da elaboração das leis — tarefa principal do Poder Legislativo. Basta lembrar que a Constituição em vigor, além de conferir ao Presidente da República a competência para iniciar o processo legislativo nos mesmos casos estabelecidos para os Deputados e Senadores, reserva, subordina, condiciona, ainda, à sua iniciativa exclusiva a elaboração de leis sobre determinados assuntos. Permite-lhe, também, expedir decretos-leis sobre certas matérias e mediante certos requisitos e, embora determine seja o texto do decreto-lei submetido ao Congresso Nacional, exige sua apreciação no prazo de sessenta dias, sob pena de ser considerado aprovado. Estabelece, mais, a possibilidade de o Executivo encaminhar projeto de lei ao Legislativo com prazo certo para apreciação e, também, sob pena de ser considerado aprovado. Esses são apenas alguns exemplos da supremacia do Poder Executivo.

Mas, não basta, tão-somente, estabelecer mecanismos de controle do Legislativo sobre o Executivo, e do Judiciário sobre ambos. Mais importante, ainda é que nossos futuros representantes se conscientizem da necessidade de que tais mecanismos sejam acionados, que eles, efetivamente, funcionem. E que os parlamentares não se limitem a endossar — seja por ação, seja por omissão — os atos do Executivo. Na verdade, se o Executivo dispõe de certos privilégios na atual Constituição, o Legislativo, todavia, não tem sabido valer-se dos dispositivos constitucionais que lhe permitem defender melhor os interesses do povo que representa.

Ainda na parte relativa à estrutura do Estado, devemos ter atenção especial para com as instituições, entre elas, por exemplo, a polícia, a fim de que, efetivamente, tenhamos segurança, que é uma das finalidades do Estado. PAULO SÉRGIO PINHEIRO, em ensaio escrito recentemente e intitulado "A cidadania das classes populares, seus instrumentos e defesa e o processo constituinte", publicado na coletânea **Constituinte e Democracia no Brasil, Hoje**, depois de analisar a atuação policial e o arbítrio com que a instituição age, inclusive matando sob o pretexto de sanear a sociedade, afirma:

"Perdeu-se a noção neste país que a polícia é uma delegação dos cidadãos ao Estado para a proteção, para a segurança, modo civilizado de evitar que cada cidadão recorra à violência individual."

Ainda quanto às instituições, por que não criar uma Corte Constitucional para examinar as violações à lei suprema? E, por falar em Corte, necessário se faz, também, estabelecer uma forma de agilizar os procedimentos judiciais: não há verdadeiramente justiça, se ela é lenta, tardia, atrasada, meramente reparadora, quando, muitas vezes, deve ser preventiva, impedindo a violação do direito.

Em relação à estrutura, devemos, ainda, decidir que forma de Estado iremos adotar. A federação da Carta em vigor está totalmente desvirtuada, com a concentração de poderes no Governo federal e o conseqüente enfraquecimento dos Estados-Membros. Se quisermos instituir o Estado unitário, como à época do Império, desaparecerão os Estados-Membros e o poder será centralizado. Se preferirmos, todavia, manter a federação, necessário será restaurá-la por completo, a começar do sistema tributário. Não há autonomia política de unidade federada sem a necessária independência econômica. A descentralização política, administrativa e tributária é medida que se impõe, se pretendermos manter, ou melhor, restaurar a federação.

Vistos, rapidamente, apenas alguns aspectos relativos à organização, à estrutura do Estado, cumpre-nos, agora, em segundo lugar, dirigir a atenção para aquele outro tema que foi, também, a causa do aparecimento da Constituição escrita: os direitos e as garantias individuais. Não basta, apenas, declará-los solenamente ou inscrevê-los em capítulo especial. É necessário criar condições para que eles, efetivamente, sejam exercidos, da mesma forma que é necessário criar instrumentos capazes de garanti-los. De que adiantam o direito à vida e o direito à liberdade, sem que se proporcione ao indivíduo o direito de, efetivamente, usufruir desses direitos? ANATOLE FRANCE, em tom de ironia, já disse que a lei proíbe igualmente aos pobres e aos ricos roubar pão e morar debaixo das pontes (cfr. MÁRCIO T. BASTOS, *Constituinte: quando, como, por quem e para quê*). Não basta, pois, apenas declará-los; é necessário criar condições para que sejam exercidos.

A maioria desses direitos permanece quase imutável. Mas, em razão do progresso tecnológico, é preciso estabelecer garantias suplementares, como o direito à privacidade, ameaçado não só pelo Estado, mas, também, por organizações particulares, como os SPCs, com seus poderosos bancos de dados, onde se acumulam informações de cada indivíduo, sem que se lhe dê o direito de acesso a elas ou, mesmo, o de exigir a retificação, quando se sabe da implantação inverídica.

Em terceiro lugar, o capítulo referente à ordem econômica e social, por estar intimamente ligado aos direitos e garantias individuais, deveria ser debatido com redobrada atenção. Como podemos

falar em direito à vida, em igualdade e em liberdade num País onde milhares de indivíduos não têm o que comer, nem onde dormir e nem um trabalho que lhes possibilite obter tais bens? Como falar em direito à vida, quando as classes trabalhadoras vêem reduzido o seu poder aquisitivo em consequência de reajustamentos salariais sempre aquém da inflação? Por que não controlar os lucros, impedindo a exploração dos trabalhadores? Todos os custos, todos os ajustes, quase todos os prejuízos das empresas são repassados aos consumidores, isto é, ao povo, à classe operária já imensamente sacrificada. É necessário, pois, um controle eficaz das empresas, quer sejam públicas ou privadas, a fim de que elas não se transformem em instrumentos de opressão do povo.

O bem público, aspiração do Estado, razão mesma de sua existência, pode ser sintetizado no lema inscrito em nossa bandeira: ordem e progresso. É necessário que o Estado mantenha a ordem, que proporcione segurança aos indivíduos, a fim de criar-lhes condições de atingir o seu progresso físico, material, moral. O progresso do Estado não deve inviabilizar o dos indivíduos, não deve anular-lhes os direitos fundamentais. Por isso, não basta o direito à vida; é imprescindível que se garanta uma existência digna, uma vida sadia, ar puro, livre de poluição, alimentação que não esteja impregnada de agrotóxicos. O respeito à natureza é o respeito ao próprio homem. Deverão, pois, os futuros constituintes, ao criar as condições de progresso, estar atentos à própria noção de progresso que deve respeitar o meio ambiente, de cujo equilíbrio depende a sobrevivência do ser humano. A noção de progresso, de desenvolvimento como crescimento estatístico, deve ser afastada para ceder lugar à de progresso como melhoria da qualidade de vida. Como a vida é direito indisponível do homem, a preservação do meio ambiente é interesse indisponível de toda a sociedade. Acolhendo as novas necessidades sociais, a Constituição iugoslava de 1974, no art. 87, declarou como dever de todo cidadão a proteção do meio ambiente e dos recursos da natureza. De igual forma, a também recente Constituição portuguesa de 1976 trata do assunto e declara que todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo.

Por fim, duas novidades que, agora, trago à consideração dos senhores: a previsão de mecanismos que permitam a participação do povo na ação do Estado e, além da Corte Constitucional já referida, a criação da figura do *ombudsman*, de origem sueca e que, pela sua eficácia, tem sido incorporado à legislação de diversos países.

Ora, a soberania pertence ao povo, que, entretanto, não pode exercê-la diretamente, razão por que elege representantes, para, em seu nome, governar. Se os nossos representantes não têm sido capazes de evitar leis injustas, se temos sido oprimidos, por que não devemos,

agora, criar a possibilidade de intervenção do povo no funcionamento do poder? Poderíamos, por exemplo, estabelecer que nenhuma lei de grande, de fundamental importância, votada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, seria obrigatória antes de ser aprovada pelo povo, por exemplo, por intermédio do **referendum deliberativo**. A obrigatoriedade estaria condicionada à manifestação do povo. Ou poderíamos estabelecer que o povo deve ser consultado sobre a conveniência ou não de uma lei a ser feita. Seria o **referendum consultivo**, também chamado plebiscito. Ou, não havendo a obrigatoriedade de consulta ao povo, poderíamos dispor que se um certo número de eleitores o requerer, a lei já em vigor, será submetida a **referendum**. E se a maioria repudiá-la, ela deixa de ser obrigatória. Poderíamos, também, estabelecer que certas decisões não poderão ser tomadas sem prévia audiência do povo. Como votariam os ouvintes se lhes fosse indagado se o Governo deveria injetar recursos no Sul-brasileiro? Ou tais recursos deveriam ter outra destinação? Poderíamos, também, estabelecer que o povo terá o direito de exigir a elaboração da lei. É a **iniciativa popular**, por intermédio da qual, certo número de eleitores pode manifestar-se pela necessidade de certa lei, o que obriga o Congresso a elaborá-la. Nesse caso, a lei requerida pela minoria deve ser submetida a **referendum** para a manifestação da maioria.

Como vêem, as possibilidades são variadas. Esses mecanismos da democracia semidireta permitem ao povo repudiar leis injustas e impedir determinadas decisões do Governo. A nossa participação no poder tem-se restringido à escolha dos representantes. Na verdade, nossa participação é passiva. E tão passiva que grande maioria do povo não tem a consciência de que pode e deve, de que tem o direito de influir nas decisões de governo. Não é o Estado que deve controlar o povo, como pensa a grande massa. O Estado é, apenas, um meio para o aperfeiçoamento do homem. É o povo, pois, que deve controlar o Estado.

A oportunidade de mudança se nos apresenta. A nova Constituição a ser elaborada deve ter a participação de todos. Os assuntos devem ser amplamente discutidos. Todos podem e devem manifestar-se. Já dissemos, e não é demasiado repetir, que o poder constituinte pertence ao povo. Sua justificação reside na liberdade humana. Se somos naturalmente livres, a organização política deve resultar da vontade de todos. Só com a participação de todos será possível construir uma sociedade justa, sem opressões, livre da miséria e da fome, com igualdade de oportunidade, enfim, uma sociedade fraterna.

A participação do povo implicará a consciência do significado da Constituição, e, como disse D. Evaristo Arns, fará de todos nós autores do projeto de vida em comum, mas, também, guardas da Constituição.