

Fonte de legitimidade da Constituinte

GERALDO ATALIBA

Professor titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Foi dito, por alguns, da Constituinte, que ela é um poder derivado e, pois, subordinado ao texto constitucional vigente. Essa afirmação é equivocada. Decorre de apreciação superficial da questão.

O tema merece melhor tratamento. Suscita interessantes e desafiadoras indagações.

Quem assim pensa entende, equivocadamente, que o mandato presidencial atual é irredutível: que há direito adquirido do Presidente ao mandato atual. Ora, vislumbrar limites jurídicos à Constituinte, dizendo que ela não pode fazer isto ou aquilo, é fazer sociologia, jornalismo ou política: jamais ciência jurídica.

Sustentar que a Constituinte está reunida por força da Emenda n.º 26/85 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*. Do mesmo modo, só uma circunstância fará que o produto seja uma verdadeira Constituição: sua eficácia.

Reconhecê-lo é fácil para quem se dedique ao estudo 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 nítida, pura e legítima delegação* à semelhança do que se deu em todas as Constituintes democráticas brasileiras e do direito comparado. 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, representa-se por seus escolhidos (LOURIVAL VILANOVA).

É equivocado dizer que a Constituinte é limitada, porque resultou de eleições condicionadas pela Emenda n.º 26/85. Toda eleição rege-se por alguma norma. Toda eleição para qualquer Constituinte, de algum modo, foi convocada por um ato normativo, originário ou derivado. Dizer que os termos da carta constitucional vigente, emendada, subordinam a Assembléia Constituinte é dizer que o ato convocatório condiciona o próprio teor de toda Constituição. Tal asserto não tem amparo nem na teoria da Constituição (teoria universal), nem na experiência nossa, nem na do mundo ocidental. Medir a amplitude jurídica da Constituinte pelo texto atual ou pela Emenda n.º 26/85 é incidir em insolúvel círculo vicioso (negador de todo raciocínio jurídico).

Tal estranho modo subjetivo de pensar põe a *questão do ato convocatório da Convenção Constituinte*, questão essa situada no plano epistemológico das relações entre a sociologia e o direito, amplamente debatida em doutrina.

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

Os textos constitucionais não prevêm o próprio desaparecimento, ou sua substituição por outro. Por isso não há regra jurídica sobre como convocar uma Constituinte. Por definição a Constituição projeta-se, ilimitadamente, sobre o futuro. Seria evidente contradição nos termos tal norma regular seu próprio desaparecimento. Por isso, toda Constituição, hoje, regula seu processo de emenda. Não mais que isso.

Por isso, a convocação de uma Convenção Constituinte é o início de um processo de ruptura formal de uma ordem institucional. Dá-se no contexto de um processo político de radical substituição dos fundamentos da ordem jurídica. É ato político incondicionado pelo direito.

Uma Constituinte pode ser convocada por decreto executivo, por lei, por emenda constitucional, por proclamação ou pregação revolucionária etc. *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 constituintes, 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 de 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 processo de ruptura jurídica, quebra da ordem jurídica existente.

Só se compreende, qualifica e dimensiona a Constituinte pelo resultado de sua função: elaborar 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 direito, não repousa no direito, não depende do direito; não é condicionada por nenhuma norma. Fato político que é, 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 reconhecer-se a Constituinte ou a Constituição. Ele é mero ato político, que produz outro ato político, ambos fora da esfera do direito. Por isso, é irrelevante que, no caso, a convocação tenha sido obra de uma emenda constitucional. Poderia ter sido qualquer outro ato, poderia ter revestido qualquer outra forma; reitere-se: para convocar Constituinte, não há regras jurídicas.

De tudo, pode-se facilmente concluir que o fundamento — justificação, 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 n.º 1, de 1964, ou o Decreto 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. É, 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 justificação 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 na forma, se eficaz, será Constituição* (KELSEN demonstra-o convincentemente).

Assim, a discussão, nos termos propostos pelos desafetos da atual Constituinte, não pode ser levada a sério; a Emenda n.º 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 Constituição, com base em Constituição anterior. Toda convocação de Constituinte é, por definição, ato de agressão à Constituição vigente.

Toda e qualquer proclamação revolucionária seria igualmente inconstitucional, como inconstitucionais foram todas as convocações das Constituintes, quer brasileiras, quer estrangeiras, a começar da Convenção de Filadélfia (em flagrante violação aos "Artigos de Confederação").

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