

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 137

janeiro/março – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Observações sobre a proposta de convocação de uma Assembléia Constituinte em 1999

GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA

Está em tramitação no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional (PEC nº 554/97) que prevê a realização de um plebiscito simultâneo às eleições de outubro, por meio do qual o eleitorado decidiria se o Congresso Nacional estaria autorizado, entre 1º de fevereiro e 31 de dezembro de 1999, a promulgar emendas constitucionais mediante aprovação, em dois turnos de discussão e votação, por maioria absoluta de seus membros, em sessão unicameral. De acordo com a proposta, a Assembléia Nacional Constituinte, embora qualificada de “livre e soberana”, estaria restrita aos capítulos dos direitos políticos, dos Partidos Políticos e do Sistema Tributário Nacional, bem como a alguns aspectos das relações entre as entidades da Federação, razão pela qual vem sendo apelidada de “constituinte revisora”. A inclusão do tema na pauta da convocação extraordinária do Congresso Nacional certamente estimulará o debate em torno da constitucionalidade desse e de outros projetos semelhantes que surgiram no Congresso nos últimos meses.

A proposta vem sendo entendida ora como reforma ou revisão da Constituição, ora como ato de ruptura da vigente ordem constitucional, alternativa conceitual que condiciona a reflexão sobre a validade ou legitimidade do projeto.

O ponto de partida da análise é o conflito entre algumas das normas do art. 60 da Constituição e a PEC nº 554/97, na medida em que esta pretende instituir a possibilidade de se vir

Gustavo Just da Costa e Silva é Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Procurador da Fazenda Nacional.

a ter um procedimento de produção de emendas constitucionais significativamente mais simples do que aquele ali previsto. Os juristas que se manifestaram sobre a proposta¹, inclusive os que a defenderam, partiram do pressuposto de que as normas que dispõem sobre a reforma da Constituição são elas mesmas imodificáveis, ao menos no que se possa considerar seu conteúdo essencial,² constituindo assim um limite material implícito (porque não relacionado entre as cláusulas pétreas do § 4º do art. 60) ao poder reformador. Na verdade a tese da imodificabilidade das normas sobre reforma não desfrutava, na teoria constitucional contemporânea, de tamanha unanimidade e está muito longe de ser algo que se possa considerar óbvio. O assunto foi objeto de famoso debate entre Alf Ross e Hart acerca da admissibilidade lógica da auto-referência nas normas jurídicas. Para Ross a modificabilidade da norma que dispõe sobre a reforma constitucional constituiria um absurdo lógico³, o que Hart contestava com o argumento de que o direito não constitui um sistema de enunciados lógicos (mais tarde Ross viria a flexibilizar sua própria posição⁴). Na literatura propriamente constitucionalista, o problema surge normalmente a propósito da contenda sobre a constitucionalidade da dupla revisão⁵. A modificabi-

¹ Segundo nos consta, o debate restringe-se a alguns artigos publicados na *Folha de São Paulo*, edições de 14 de junho e 13 de setembro de 1997, com as limitações próprias desse tipo de publicação, e a um artigo de Celso Ribeiro Bastos, publicado na *Revista Literária de Direito* (v. 4, n. 19, set./out. 1997).

² O conteúdo essencial da norma sobre reforma consistiria na definição dos limites materiais expressos, na atribuição de competência a determinado(s) órgão(s) e no estabelecimento de um *quorum* e de um procedimento dificultado em relação à atividade legislativa. Emendas que não digam respeito a esse núcleo essencial, modificando, por exemplo, aspectos meramente procedimentais não relacionados com o caráter rígido da Constituição, seriam admissíveis.

³ ROSS. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carriò. Buenos Aires : Eudeba, 1963. p. 78-81.

⁴ Trata-se de “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional”. ROSS. *El concepto de validez y otros ensayos*. Tradução de Eugenio Bulygin e E. Valdés. Buenos Aires : Centro Editor de América Latina, 1969.

⁵ Para um panorama geral, ver VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. 2. reimpr. Madrid : Tecnos,

lidade das normas sobre revisão é aqui sustentada, com maior frequência, pelos autores franceses (especialmente os mais influenciados por Vedel) e, entre nós, pelo mais francês dos autores brasileiros, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶. De todo modo, como se disse, no debate até agora desenvolvido, não se questionou a tese de que a norma sobre revisão constitui limite implícito ao poder reformador, o que nos autoriza a adiar a fundamentação de tal premissa, que aqui se assume, para momento e veículo mais adequados.

Tem-se argumentado em defesa da “Constituinte Revisora” que a alteração das normas que dispõem sobre a edição de emendas seria impossível apenas ao poder reformador da Constituição, mas não ao povo como titular do poder constituinte. Por essa razão, acrescentou-se à proposta original do Deputado Miro Teixeira a previsão de um plebiscito simultâneo às eleições de outubro, o que legitimaria o congresso revisor “sem gravames para a sua pureza constitucional”⁷. O argumento assenta no dogma democrático da soberania popular (art. 1º, parágrafo único da Constituição de 1988). É usual, a respeito, a invocação do art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição. Nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis”. Como titular do poder constituinte, não se submete o povo às limitações próprias do poder reformador, que lhe é subordinado.

O argumento revela algumas incompreensões quanto aos fundamentos e ao funcionamento do Estado de direito. Não se nega que, de acordo com a filosofia política do Estado democrático de direito, o povo é titular do poder constituinte. Este porém não consiste na faculdade de pôr normas constitucionais, independentemente do momento em que isso ocorre, se quando do estabelecimento da Constituição ou se durante sua vigência. O poder constituinte se define como a prerrogativa de

1991. p. 274-283, e também CICONETTI. *Appunti di diritto costituzionale : ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*. 2. ed. Torino : Giappichelli, 1992. p. 100-108. O próprio Cicconetti é adepto da tese da dupla revisão.

⁶ Significação e alcance das ‘cláusulas pétreas’. *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, p. 11-17, out./dez. 1995.

⁷ BASTOS, op. cit., p. 9.

estabelecer uma Constituição. O que confere verdadeira especificidade ao poder constituinte não é meramente a qualidade das normas que produz, mas a sua relação com a ordem jurídica posta, que é uma relação de desvinculação e independência, diferentemente do que se passa com os poderes constituídos (inclusive o de reforma)⁸.

Fica claro portanto o seguinte: ainda que a promulgação da Constituição não retire do povo a *titularidade* do poder constituinte, seu *exercício* somente ocorrerá quando se trate de substituir a Constituição por uma outra. Durante a vigência da Constituição estabelecida, o povo pode praticar atos de conteúdo jurídico-político, quer diretamente, quer mediante representação, mas esses atos não expressam o exercício do poder constituinte. Segundo o ideário democrático-liberal moderno (cuja consideração é essencial para a compreensão das instituições de Estados de direito como o que se pretende o Brasil), o poder constituinte é sempre do povo, mas o poder do povo nem sempre é poder constituinte.

O poder do povo exercido no contexto da ordem vigente é sempre poder constituído e, portanto, limitado. Proclama-o sabiamente o art. 1º da Constituição italiana de 1947, de acordo com o qual “a soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e limites previstos na Constituição” (de acordo com a Constituição de 1988, “Todo o poder emana do povo que o exerce ... *nos termos desta Constituição*”). É exatamente por essa razão que jamais se pretendeu seriamente que uma lei aprovada pelo Poder Legislativo e referendada pelo eleitorado pudesse escapar ao controle de sua constitucionalidade, o que todavia deveria ser admitido caso se reconhecesse ao povo o exercício de poder ilimitado no contexto da ordem vigente, já que assim estaria o povo, segundo a concepção aqui criticada, exercendo legitimamente seu poder constituinte “reformador” da constituição: a aprovação da lei inconstitucional seria uma forma (assemelhada à *Verfassungsdurchbrechung* da era weimariana, pois a norma constitucional poderia continuar valendo para os demais casos) de dispor sobre a Constituição.

Jorge Miranda vai ainda mais longe: não apenas é impossível ao poder do povo agir ili-

⁸ Ver a respeito o nosso Aspectos do controle de constitucionalidade da reforma constitucional à luz da teoria das fontes do Direito. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 7-27, 1997.

mitadamente no contexto da ordem vigente, de forma a modificar o procedimento de reforma constitucional, como também a simples utilização do referendo como instrumento revisor é incogitável se não estiver prevista no texto da Constituição.

“Não é incorrecto subordinar o exercício do poder pelo povo às formas e aos termos da Constituição. Em democracia de tipo ocidental e em Estado de direito, o povo não pode deixar de exercer a sua soberania senão nessas formas e nesses termos, porque o seu poder é, também ele – como todo o poder –, um poder juridicamente limitado. Nem, da perspectiva da Constituição vigente em cada momento, o povo está acima da Constituição. Só pode estar para a substituir por outra, não para a rever. (...) Estes os argumentos – não seriamente contestados – porque não pode haver *hoje*, com as normas constitucionais actuais, referendo de revisão, seja para modificar uma norma constitucional material, seja para modificar uma norma constitucional reguladora da própria revisão”⁹.

Nada disso impede contudo que o poder do povo se exerça, no plano da efetividade, para além do que permite a Constituição, nem significa que esse exercício não se possa legitimar no âmbito da realidade histórica do Estado democrático de direito. Essa legitimação é *possível* quando se possa identificar naquele ato o exercício do poder constituinte.

O que é importante deixar claro é que a proposta ora em discussão não pode ser considerada ato de revisão da Constituição¹⁰ (nem tampouco o serão as deliberações tomadas pela “constituente revisora”), nem se lhe pode reconhecer validade no sentido de uma compatibilidade com um parâmetro jurídico-positivo de validade. É por isso, com todo o rigor, inconstitucional. Isso vem sendo lucidamente compreendido pelo Deputado Michel Temer, Presidente da Câmara dos Deputados, para quem se estaria diante de um

“ato político que rompe com a ordem jurídica, deliberadamente. É revolucio-

⁹ MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. reimp. Coimbra : Coimbra Ed. 1988. p.151.

¹⁰ “E se, apesar de tudo, por hipótese, viesse a efectuar-se tal referendo? Nessa eventualidade (...) não seria revisão; seria ruptura ou revolução” (Ibidem).

nário, no sentido de transformador. Derriba a vontade constituinte, manifestada por meio da Constituição de 1988, para que outra se manifeste. Por isso, o instrumento que o veicular não é ato derivado da Constituição, mas originário, inaugural, autônomo. Não é, pois, emenda à Constituição¹¹.

É essencial compreender, portanto, que a proposta não pode pretender a espécie de legitimidade que decorre do respeito à ordem constitucional em vigor¹².

Se a proposta não encontra fundamento na Constituição, resta examinar se poderia a sua implementação ser, inversamente, fundamento de uma nova ordem constitucional. Dito de outro modo, trata-se de indagar se o fato político objetivado pela proposta apresenta condições de se legitimar como exercício do poder constituinte. Que isso não seja tarefa fácil, demonstra-o já o esforço dispendido para caracterizar a consulta popular prevista como exercício de poder reformador ou revisor (ilimitado!) da Constituição, ao arpejo da filosofia política do Estado de direito e mediante o manuseio de impropriedades conceituais como “poder reformador próprio da Constituição”; esforço esse movido pela sedução de uma legitimidade cômoda, mas (como se viu acima) infundadamente buscada numa (inexistente) relação de validade jurídica.

Um dilema da teoria constitucional contemporânea consiste em pretender compreender, no plano analítico, todas as alternativas institucionais histórico-concretas (ao menos a partir do século XVIII), valendo-se, porém, para tanto, de conceitos fundamentais elaborados (como o de poder constituinte) ou reelaborados (como o de constituição e o de democracia) pela ou no contexto da filosofia política democrático-liberal. O muito difundido emprego desses conceitos para explicar realidades jurídico-políticas diversas ou mesmo antitéticas do Estado democrático de direito se compagina com a tentativa de regimes autoritários ou totalitários de legitimarem-se mediante a adoção da roupagem retórico-conceitual do Estado constitu-

¹¹ Revisão constitucional? Constituinte? *Folha de São Paulo*, 2 nov. 1997.

¹² Para Dalmo Dallari, propostas desse gênero representam um “mero acobertamento de uma fraude” (Fraude acobertada. *Folha de São Paulo*, 14 jun. 1997).

cional¹³. Mas significa teoricamente uma crescente incompreensão daqueles conceitos (na medida em que se fecham os olhos à sua historicidade), freqüentemente empregados no discurso teórico-constitucional sem uniformidade de acepção (o que evidentemente prejudica a racionalidade daquele discurso).

É o que ocorre com o conceito de poder constituinte quando se pretende admitir alternativas de sua titularidade. Fala-se assim, por exemplo, em poder constituinte do povo, do príncipe, da oligarquia militar, consoante se esteja diante de uma Constituição democrática, monárquica (e aqui o uso a-histórico dos conceitos – o de Constituição e o de poder constituinte – move-se também diacronicamente) ou autoritária de inspiração militar. A teoria do poder constituinte surgiu, de um lado (como componente do discurso revolucionário), para fundamentar o exercício do direito do povo de fazer a Constituição mesmo diante (contra) a ordem estabelecida e, de outro (enquanto conceito-chave da fundamentação do Estado de direito, cuja estrutura se tratava então de levantar, uma vez desmontado o absolutismo), como tentativa de solução para o impasse que atingiu o dogma rousseauiano da soberania popular diante do modelo representativo de democracia que inevitavelmente se impunha. Se ao povo não seria dado, como regra, agir senão por meio de seus representantes, que toda a existência normal do Estado estivesse, então, submetida a uma norma posta pela autoridade que se pudesse reconhecer, o mais autenticamente possível, como popular: o poder constituinte. Ocorre que, como se sabe, o princípio representativo introduziu-se já no próprio processo constituinte da Revolução Francesa, a Constituinte *par excellence* (o processo constituinte norte-americano aproximou-se muito mais, com as suas convenções, do modelo ideal concebido do outro lado do Atlântico). Estaria com isso descaracterizado o poder constituinte do povo francês?

A digressão histórica nos reconduz assim

¹³ Ver a propósito LOEWENSTEIN. *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin : Walter de Gruyter, 1961. p. 10-13, que alude a uma estereotipização das Constituições decorrente da sistemática reprodução dos modelos constitucionais das democracias ocidentais (adoção de constituição escrita, declaração de direitos) por regimes políticos que não guardavam nenhuma consonância com documentos constitucionais assim tornadas “semânticas”.

ao centro de nosso problema. A resposta àque-la indagação é negativa, tanto quanto o seria caso se questionasse, invertendo-se a perspectiva, se bastaria a manifestação direta da vontade popular sobre a produção de um documento constitucional para que se estivesse diante do exercício do poder constituinte (ou do poder constituinte *democrático*, caso se admitam as alternativas de sua titularidade).

Para compreender o que se acaba de afirmar, é necessário ter em mente uma das mais importantes contribuições da teoria constitucional contemporânea para a análise do poder constituinte: a distinção, estabelecida por Jorge Miranda, entre poder constituinte material e poder constituinte formal, ou entre o momento material e o momento formal do exercício do poder constituinte. O poder constituinte material é o “poder de autoconformação do Estado segundo certa idéia de Direito”; o formal é o “poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais”¹⁴. O momento material do poder constituinte é “o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, seja por revolução, seja por outro meio, como a transição constitucional”. É nesse momento que se “toma a decisão de inflitar a ordem preexistente e assume essa responsabilidade histórica”, determinando-se o conteúdo fundamental da nova ordem. É ele o “factor determinante da abertura de cada era constitucional”¹⁵. A elaboração e aprovação do documento onstitucional, por uma Assembléia Nacional Constituinte ou alguma outra autoridade, situam-se já no momento formal do poder constituinte. “Há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa idéia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa idéia ou desse regime.”¹⁶ “Porque a idéia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos”, é no poder constituinte material que se há de fundar, em última instância, a legitimidade da Constituição.

Assim, para que se possa falar em poder constituinte (democrático), não basta a existência de uma entidade encarregada de elaborar a Constituição e que corresponda, em alguma medida, ao modelo de constituinte democrática; é necessário, sobretudo, que se possa iden-

tificar a ocorrência do momento material do poder constituinte do povo, expressado numa decisão política fundamental (a distinção de Miranda é de evidente inspiração schmittiana); decisão que não ocorre todos os dias, mas apenas quando a “comunidade política adopta um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em ‘tempo de viragem histórica’, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas *a priori*; somente podem ser apontados os seus resultados típicos – a formação de um Estado *ex novo*, a transformação da estrutura de um Estado, a mudança de um regime político. Poder constituinte equivale à capacidade de escolher um ou outro rumo, nessas circunstâncias”¹⁷.

O principal obstáculo à legitimidade democrática da Assembléia que se pretende convocar é a ausência de manifestação do poder constituinte. Se é possível forjar o momento formal do poder constituinte, por meio de designação de um órgão como “Assembléia Nacional Constituinte”, o mesmo não se pode dizer do seu momento material. Qual a opção política fundamental que estaria sendo manifestada, no presente momento, pela sociedade, qual a nova idéia de direito ou adoção de novo regime político que se poderia hoje considerar assumida em contraste com a idéia de direito ou o regime político atuais e que estariam a exigir, *para concretizá-las*, a convocação de uma Assembléia Constituinte? É dificilmente questionável que não se está vivendo um tal momento de “viragem histórica”, o que revela o verdadeiro sentido da “Constituinte” que se pretende convocar, sob o ponto de vista do princípio democrático: o de ser um fim em si mesma. Se a “Constituinte” vier a se consumir, será no máximo uma paródia de Constituinte democrática, ou, se se quiser falar de poder constituinte, não será de poder constituinte do povo, mas da oligarquia partidária, esta sim, tornada senhora da Constituição graças a uma carta branca que o eleitorado lhe teria outorgado sem suficiente consciência de seu ato.

Se, como antes examinado, a convocação do plebiscito não é suficiente a adequar a proposta aos parâmetros da ordem vigente de modo a se poder interpretá-la como uma revisão ou reforma da Constituição, também não consti-

¹⁴ Miranda, op. cit., p. 62-63.

¹⁵ Ibidem, p. 60-61.

¹⁶ Ibidem, p. 63.

¹⁷ Ibidem, p. 65.

tui elemento suficiente à identificação do poder constituinte material. Que o simples recurso a instrumentos de democracia direta não seja critério para se aferir o caráter democrático de determinado regime sabe-se desde os referendos napoleônicos reeditados no século XX por diversos governos autoritários, inclusive na América Latina. Além disso, o ato constituinte (democrático) material deve-se revestir de um mínimo de *espontaneidade e consciência*. Espontâneo não seria o plebiscito convocado por iniciativa única e exclusiva do Congresso Nacional, que a tanto não foi instado pela população nem pelos elementos organizados da sociedade civil – mas ao qual deveria o eleitorado obrigatoriamente atender em virtude da obrigatoriedade do voto. Consciente não poderia ser a manifestação de vontade a ele imputada, quando a opção que se oferece ao eleitorado não diz respeito a algo que ele possa razoavelmente compreender, a algo com conteúdo palpável e definido, limitando-se, ao contrário, a autorizar, ou não, o Congresso Nacional a votar propostas (que o eleitorado não tem, nem pode ter, a mínima idéia de quais sejam) de emendas constitucionais mediante *quorum* de maioria absoluta. Acresce a tudo isso que o plebiscito teria caráter nitidamente acessório, quase mesmo insignificante, em relação às eleições gerais de outubro, sempre muito personalizadas e muito mais catalisadoras das atenções do eleitorado e da mídia.

Uma estratégia que poderia ser adotada para contornar tal obstáculo consistiria em pôr em dúvida a legitimidade democrática da atual Constituição, desqualificando-se, em nome da teoria do poder constituinte, (a) a autoridade que a instituiu ou (b) o modo como foi elaborada. (a) A Constituição de 5 de outubro de 1988 não seria, de acordo com esse raciocínio, obra do poder constituinte e, sim, do poder reformador da Constituição de 1967. Como sustenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituinte de 1987/1988 era apenas o Congresso Nacional eleito em 1986 (com os senadores eleitos em 1982), cujos poderes especiais derivaram da Emenda nº 26/85 à Constituição de 1967. Esta simplificou o procedimento de reforma constitucional, permitindo ao Congresso aprovar emendas à Constituição por maioria absoluta, bem como desonerando-o da observância das cláusulas pétreas (Federação e República) então existentes – operando com isso uma autêntica dupla revisão. “A Emenda nº 26/85 permitiu uma reforma constitucional

sem a limitação das cláusulas pétreas então vigentes, que proibiam a abolição da Federação e da República”. Conclui o constitucionalista pela possibilidade de que as atuais cláusulas pétreas sejam suprimidas pela mesma via. Afinal, “o que poder derivado estabelece, poder derivado pode mudar”¹⁸. Segundo Ferreira Filho, nem por sombra apareceria, no processo político-jurídico de advento da Constituição de 1988, “o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro poder constituinte”¹⁹. (b) Em perspectiva diversa, mas complementar, Celso Ribeiro Bastos argumenta que “o próprio poder constituinte, de que resultou a Carta de 1988, não foi fruto de uma manifestação popular expressa, eis que, no fundo, cifrou-se a elegerem-se congressistas que resultaram investidos de poderes constituintes pela Emenda nº 26/85, em rigor inconstitucional, à Constituição de 67. Sabe-se que, à época, predominava a vontade de uma constituinte autônoma, que, contudo, foi recusada pelos congressistas que aprovaram a dita emenda. De outra parte, não se pode ter por desprezível a distinção entre uma constituinte e um Congresso Nacional investido de poderes constituintes. Na verdade, as grandes constituições do mundo foram elaboradas por pessoas especialmente voltadas apenas para isso. A coincidência do Congresso Nacional com a Constituinte levou a um desnível entre os poderes. O Executivo e o Judiciário não participaram da aprovação da Lei Maior. (...) É bem de ver, pois, que a nossa Constituição é fruto do Poder Legislativo”²⁰.

Tais formulações se sujeitam contudo a fortes objeções. Se há um dado sem a menor relevância quando se pretende descobrir se um processo jurídico-político representa o surgimento de uma nova ordem constitucional, trata-se da forma como a ordem até então vigente define textualmente tal processo. O que importa verificar, em primeiro lugar, é se daquele processo resultam normas materialmente constitucionais eficazes em sua pretensão de insubordinação à ordem constitucional anterior. É o princípio da efetividade²¹. É dificilmente ques-

¹⁸ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 16.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BASTOS, op. cit., p. 9.

²¹ A lição é antiga. Na perspectiva de Schmitt, o princípio da efetividade, fórmula de matiz um tanto kelseniano, corresponde à “existência política” da Constituição: “El poder constituyente no se extingue por un acto de su ejercicio. Mucho menos, se apoya en ningún título jurídico. Cuando el monarca

tionável que a Constituição de 1988 corresponda a esse critério. Se a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 se operou por meio de Emenda à Constituição de 1967, é apenas porque o surgimento da nova ordem constitucional não se deu mediante um processo revolucionário, mas por meio de uma *transição constitucional*.

Como explica Jorge Miranda – e eis aqui mais uma distinção da maior importância para a teoria constitucional contemporânea que se deve, em sua mais lúcida formulação, ao professor lisboeta, a exemplo daquela entre poder constituinte formal e material –, os dois modos de mudança de regime são a revolução e a transição constitucional. A primeira é tradicional objeto da Teoria do Estado. A segunda é menos estudada, mas de importância crescente na vida dos Estados democráticos contemporâneos. Caracteriza-se a transição por não significar uma ruptura direta e instantânea com a ordem anterior. “Na transição constitucional se respeitam as competências e os processos de agir instituídos pela Constituição em vigor: o rei absoluto, por ser Rei absoluto, vem autolimitar-se” (*Manual, cit.*, p.70). Nela se opera o nascimento de constituição material nova nos termos do processo de revisão constitucional, que é utilizado para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, *transitar-se* para uma nova Constituição” (*Manual, cit.*, p.193). O fato de ser utilizado – inconstitucionalmente – o processo reformador da Constituição em vigor não desqualifica a natureza constituinte do processo de transição. “Também aqui há um poder constituinte originário (ainda que possa parecer encoberto por outro poder, designadamente o de revisão). A natureza do evento e o seu alcance negador do regime político precedente e criador de outro regime político assinalam bem uma decisão fundamental, a adoção de uma nova idéia de Direito, o erigir de um novo fundamento de validade” (*Manual, cit.*, p. 70). Não é da essência do poder constituinte o agir revolucionariamente, podendo, na verdade, a todo tem-

renuncia voluntariamente a su poder constituyente y reconoce el poder constituyente del pueblo, este último no descansa en el título jurídico consistente en la renuncia del rey. Su razón de eficacia está exclusivamente en su existencia política” (SCHMITT. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. reimpr. Madrid : Alianza, 1992. p. 108). Sobre o princípio da efetividade ver também CICCONE-TTI, op. cit., p. 34-35.

po, “apropriar-se de um poder de revisão aparente, transformando-o em poder constituinte originário” (*Manual, cit.*, p.196). A importância da transição constitucional na atualidade se deve à conveniência de que “se evitem as soluções de continuidade e os custos inerentes às revoluções” (*Manual, cit.*, p. 195).

Torna-se assim fácil compreender que a Constituição de 1988 não foi obra de uma atividade reformadora da Constituição de 1967, mas de um processo de transição constitucional²² por meio do qual o restabelecido poder constituinte do povo, evitando os inconvenientes de uma já desnecessária revolução (desnecessária porque politicamente o regime anterior já agonizava desde a eleição do presidente civil oposicionista), apropriou-se do poder de reforma da Constituição em vigor ao produzir a Emenda nº 26/85 e com isso propiciar a formação de uma Assembléia Nacional Constituinte “livre e soberana”. A EC nº 26/85 era nitidamente inconstitucional em face da Constituição de 1967, pois possibilitava a supressão dos então estabelecidos limites da reforma e significava a própria negação da Constituição.

A análise do poder constituinte material que legitimou a Constituição de 1988 constitui outro óbice dificilmente removível à interpretação da Constituinte de 1987/1988 como processo de reforma da Constituição anterior. A espontânea, autêntica e vigorosa campanha popular pelas eleições diretas em 1984 – complementada pelo maciço apoio, quando das eleições indiretas que se seguiram, ao candidato de moderada, mas clara, oposição ao regime – representou uma inconfundível opção da sociedade pela democracia e pelo Estado de direito, autêntica decisão fundamental de negar o regime político então vigente. A convocação da Constituinte se inseriu perfeitamente nesse contexto de definição histórica, como o momento formal do poder constituinte necessário à realização da viragem histórica já decidida. E poucas constituições terão sido tão fiéis ao poder constituinte material quanto a que resultou daquele processo, com a mais ampla consagração de direitos fundamentais de que se tem notícia e cujo rol de cláusulas pétreas se sin-

²² O próprio Jorge Miranda viria a apontar a Constituinte brasileira de 1987/1988 como um processo de transição constitucional: A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987.

tetiza na consagração daqueles dois princípios afirmados em 1984, a democracia e o Estado de direito (ao lado da forma federativa de Estado, que aliás também representa um fortalecimento da democracia).

O fato de se ter vivido uma transição, e não uma revolução, em nada diminui o alcance negador do regime anterior, pois não há uma relação necessária entre o modo de instauração de um novo regime e a profundidade da mudança que representa. Recorde-se que Carl Schmitt distinguia entre supressão e destruição da Constituição como os dois possíveis resultados da ação do poder constituinte. Com a primeira se mantinha inalterada a titularidade do poder constituinte (por exemplo, mediante a substituição de uma Constituição democrática por outra Constituição democrática). A segunda significava a supressão do próprio poder constituinte em que se baseava a Constituição então vigente. A Constituinte de 1987/1988, na medida em que afastou a vigência de uma Constituição de origem e prática autoritárias por uma outra democrática – o que não parece plausível negar –, operou uma destruição constitucional, de acordo com a terminologia schmittiana, e não uma simples supressão.

O contraste entre a ordem constitucional de 1967 e aquela estabelecida em 1988 não desaparece nem mesmo quando se focaliza a insuficiente eficácia material do regime democrático em vigor. Munido do aparato analítico da teoria dos sistemas, demonstrou Marcelo Neves como nos sistemas jurídicos da modernidade periférica apenas precariamente se realiza a positividade da ordem jurídica, no sentido da autonomia operacional do sistema jurídico em relação aos outros sistemas sociais. As constituições deveriam servir a esse fechamento operativo do sistema jurídico por meio, sobretudo, dos elementos institucionais definidores do Estado de direito: separação de poderes, eleições democráticas, garantia de direitos fundamentais²³. A insuficiente (porque politicamente bloqueada) concretização desses elementos, nas Constituições dos Estados periféricos, justifica que se qualifique de simbólico o processo de constitucionalização democrática que ali se desenvolve. Mas a não-diferenciação operacional do sistema jurídico também se verifica

²³ Cf. Sobretudo *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. Berlin : Duncker & Humblot, 1992, e *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica, 1994.

quando aqueles elementos são negados pela Constituição ou por outras normas com força constitucional (como os atos institucionais, em nossa experiência recente), havendo aqui uma instrumentalização do direito pela política. A evolução político-constitucional dos Estados periféricos pode então ser em parte interpretada como uma alternância entre essas duas estruturas constitucionais (típicas, bem entendido), que Neves chamou de “círculo diabólico de nominalismo e instrumentalismo constitucionais”²⁴. O contraste entre o regime instaurado em 1964 e aquele implantado em 1988 é evidente também nessa perspectiva, sobretudo quando se considera que dela não decorre uma atitude indiferentista em relação à alternativa entre nominalismo e instrumentalismo²⁵.

Como se percebe, sob qualquer ponto de vista que se examine a questão, a edição da EC n° 26/85 foi tudo menos ato de reforma constitucional, e a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 é, sem dúvida, obra do poder constituinte, e não do poder reformador.

Quanto à legitimidade do modo como se elaborou a Constituição, questionada por não se ter convocado uma Assembléia Constituinte exclusiva, é preciso não esquecer que, conforme destaca toda a doutrina constitucionalista, os modos de atuação do poder constituinte são indefiníveis *a priori*. Aliás, sabe-se que, de um modo geral, as formas ideais da democracia são realizadas apenas aproximadamente na experiência histórica, razão pela qual a legitimidade democrática não é algo que se afirma segundo uma lógica do tudo ou nada. Não resta dúvida de que a convocação de uma Constituinte exclusiva poderia significar, em tese, uma maior autenticidade da manifestação da vontade popular e uma maior capacidade de consenso, sobretudo se a eleição dos constituintes não fosse simultânea à dos parlamentares. Sua rejeição pode de fato ser interpretada como uma vitória de forças políticas conservadoras e reciosas de uma ampla participação popular na Constituinte, que se esperava se desenvolvesse em exata consonância com a hegemonia partidária então estabelecida, num processo que pouco se diferenciaria da atividade legislativa ordinária. Mas, se a idéia de um Congresso Constituinte já não é incompatível com a teoria do poder constituinte, especialmente se seus

²⁴ *Verfassung und Positivität...* p. 109,144 et passim.

²⁵ *Ibidem*, p. 107.

membros foram eleitos investidos de atribuições constituintes, e está longe de desqualificar, por si só, a legitimidade democrática da Constituição que produzir, a prática da Constituinte instalada em 1987 frustrou as expectativas daqueles que lutaram contra a Constituinte exclusiva. De fato, as atividades da Constituinte se desenvolveram em clima de ampla abertura democrática, com a atenção da sociedade civil voltada para tudo o que nela se passava e com uma constante pressão da sociedade (inclusive por meio do instituto da emenda popular). O pluralismo do debate constituinte que então se desenvolveu corresponde muito mais às concepções contemporâneas de democracia como governo do cidadão do que os expedientes tradicionais de legitimação popular²⁶. É relevante também que, como já se disse, a Constituinte se apresentou como um desdobramento de um nítido processo histórico de conformação do Estado brasileiro a uma nova idéia (democrática) de direito, o que é mais importante para a legitimidade da Constituição – que a tal idéia permaneceu fiel – do que o caráter exclusivo ou não da Constituinte.

Portanto, a tentativa de desqualificar a legitimidade da Constituição vigente como estratégia para dispensar ou reduzir o ônus de uma legitimação democrática da sua ruptura não encontra fundamento na teoria do Estado democrático de direito.

É preciso, por fim, alertar para a gravidade da proposta aqui criticada para o amadurecimento institucional do País.

O fato político ensejador da proposta aqui em discussão não é, como se sabe, nenhuma alteração profunda da realidade política (o que poderia justificar o rompimento com a ordem vigente), mas o insucesso do Governo em aprovar, com a amplitude e celeridade julgadas necessárias, as reformas constitucionais que fazem parte do seu programa político, e que alguns consideram mais vitais para a vida nacional do que a continuidade da ordem constitucional. São esses os móveis valorativos mais imediatos presentes nas fundamentações que se têm apresentado em favor daquela proposta. Embora implicando uma passagem para um

²⁶ Ver a respeito HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional* : a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição : contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1997. p.38-39.

nível de abordagem um pouco diferente do até aqui desenvolvido, seja-nos permitido, para enfim concluir, examiná-los brevemente.

Não seria oportuno discutir aqui a importância ou a justiça de cada uma das reformas propostas. É de todo modo profundamente questionável que delas dependa a solução dos problemas sociais do País, apesar de se reconhecer que a Constituição de 1988 está longe da perfeição. Isso por duas razões básicas.

A primeira é de ordem, por assim dizer, dogmático-constitucional. A heterogeneidade das forças políticas representadas na Constituinte, entre outros fatores, conduziu à elaboração de um texto, como se diz hoje em dia, aberto. A abertura semântica de certas proposições, estabelecida de um compromisso dilatatório entre tendências que se confrontaram, combina-se com a coexistência de princípios conflitantes, resultado da não-identificação da Constituição com nenhuma das ideologias que a procuraram cercar. Expressou-o, de modo contundente e até extremado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “...escolhendo, cuidadosamente, os artigos e os princípios, nós podemos dar a esta Constituição dois ou três sentidos diametralmente opostos”²⁷. A Constituição comporta concretizações em sentidos variados, especialmente na ordem econômica, deixando um amplo espaço à conformação política a se desenvolver no Congresso e reservando um papel especial à sua interpretação judicial. Não é possível atribuir à Constituição a responsabilidade pela dificuldade de se realizar um determinado projeto político, ao menos entre aqueles de que se possa cogitar na realidade histórica contemporânea.

A segunda complementa a anterior. Qualquer jurista acostumado ao enfoque jurídico-sociológico sabe que as grandes disfunções institucionais do País se relacionam muito mais estreitamente com a insuficiente concretização das normas constitucionais atualmente em vigor do que com o seu caráter imperfeito. Aperfeiçoamentos da legislação ou da Constituição pouco se relacionam, no presente, com a solução dos problemas nacionais, a não ser pelo fato de gerarem a ilusão de que com eles algo está sendo feito no sentido de se buscarem tais soluções.

Mas ainda que tais reformas fossem realmente importantes, a solução proposta diante

²⁷ *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 72.

da dificuldade de se as implementar revela uma imaturidade ainda maior da reflexão jurídico-constitucional. É uma unanimidade, na teoria constitucional contemporânea, ressaltar a importância da estabilidade da Constituição²⁸. A tal estabilidade associou Loewenstein a formação do sentimento constitucional²⁹, e Hesse demonstrou como ela fortalece a *vontade de Constituição*, elemento praxiológico da força normativa da Constituição³⁰. Como disse Loewenstein, “é sempre mais fácil viver com uma Constituição defeituosa do que com uma transformada em brinquedo do arbítrio dos partidos”.^{31,32} Decorre daqui a inadmissibilidade de se propor uma reforma constitucional sem que se fundamente satisfatoriamente a sua necessidade, a ponto de justificar um sacrifício da

estabilidade constitucional (que é, em última análise, a estabilidade institucional do País). Que dizer então quando o que se deseja sacrificar em prol de alterações cuja necessidade é apenas pressuposta não é simplesmente a estabilidade da Constituição, mas a própria continuidade da ordem constitucional (que, por sinal, comportaria tais reformas desde que sobre elas houvesse um razoável grau de consenso)? Para saber o que isso significa, ouçamos o cientista político Renato Lessa:

“Se a alteração de itens constitucionais, ressalvadas as cláusulas pétreas, exigisse a convocação de congressos constituintes (...), nossas taxas de bizaria institucional, com certeza, atingiriam a estratosfera”³³.

²⁸ Para uma ampla abordagem do tema, ver BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden : Nomos, 1982.

²⁹ LOEWENSTEIN, op. cit., p.27.

³⁰ HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. ed. C. F. Heidelberg : Müller, 1993. p. 17.

³¹ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 64.

³² De um modo mais genérico, remonta, pelo menos, a Aristóteles a percepção de que “é algo mau

acostumar os homens a revogar facilmente as leis, ... pois o povo não resultará tão beneficiado com uma alteração quanto prejudicado por se acostumar a desobedecer aos seus governantes” (*Política*, 1269 a).

³³ Entre o fato e o limite. *Folha de São Paulo*, 13 set. 1997.